

**Rafael Augusto De Conti**

# **Filosofia & Direito**



## **ESCRITOS SELECIONADOS**

ATÉ DEZEMBRO DE  
2008

1ª Edição

## DIREITOS AUTORAIS

I. O manuseio do conteúdo desta obra implica na aceitação das seguintes normas:

1. É permitida a reprodução parcial desta obra, seja por qual meio for (impresso-material ou eletrônico-virtual), desde que:

- (i) haja reprodução literal do texto, o qual deve estar entre aspas (“texto”) ou em itálico (*texto*);
- (ii) haja citação expressa da Autoria de Rafael Augusto De Conti na seguinte forma: DE CONTI, Rafael Augusto. *Escritos Seleccionados – até dezembro de 2008 (Filosofia & Direito)*. 1ª edição, São Paulo: rafaeldeconti.com, 2008;
- (iii) haja citação expressa do seguinte endereço eletrônico: <http://www.rafaeldeconti.com>, no qual é possível encontrar referência sobre a publicação primeira de cada um dos Escritos Seleccionados que ora são compilados nesta obra.

2. É permitida a livre distribuição de cópia integral desta obra, desde que:

- (i) não haja quaisquer modificações no arquivo, mantendo-se fidelidade ao conteúdo e a forma da obra;
- (ii) haja expressa menção ao endereço eletrônico <http://www.rafaeldeconti.com/escritosseleccionados.pdf> como sendo o endereço fonte de distribuição, e, portanto, o único endereço pelo qual se pode conferir a veracidade do conteúdo de uma cópia do presente *E-Book*.

3. Legislação Aplicável: Leis da República Federativa do Brasil; Foro: Foro Central da Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo.

## **SOBRE O AUTOR**

**Rafael Augusto De Conti** nasceu em Ribeirão Preto/SP, em 07 de julho de 1.982. Viveu em São Carlos/SP até os 17 anos, quando se mudou para São Paulo/SP, com a finalidade de estudar, cidade onde reside atualmente.

Formou-se em Direito (Mackenzie - 2006) e em Filosofia (USP - 2007), tendo, também, concluído Mestrado em Ética e Filosofia Política (USP – 2010).

Como Advogado, após trabalhar em escritórios de advocacia e banco, montou seu próprio escritório ([www.decontilaw.com.br](http://www.decontilaw.com.br)), com atuação predominante em direito empresarial e dos negócios, em diversos segmentos econômicos.

Autodidata em conhecimentos computacionais, construiu e administra site no qual disponibiliza conteúdos educacionais de sua autoria nas áreas de Filosofia e Direito ([www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com)).

*PARA ALINE, MEU AMOR,*

*E PARA CLEYDE E MÁRIO, MEUS PAIS.*

## AO LEITOR

Os *Textos Selecionados* que seguem constituem o resultado de (i) parte do meu trabalho de pesquisa nos campos da Filosofia e do Direito e (ii) da minha atuação na advocacia consultiva e contenciosa, pois teoria e prática são esferas indissociáveis.

Por tratar de temas que podem ser tomados como objeto de reflexão em ambos os campos (Filosofia e Direito), como os temas do poder soberano, dos direitos humanos e da organização social, os *Textos Selecionados*, inevitavelmente, acabam por explicitar (i) a relação de lapidação mútua que existe entre a Filosofia e o Direito e (ii) as pontes que entre tais campos podem ser construídas.

Não obstante a multidisciplinaridade ser um imperativo nos textos, torna-se possível classificá-los em cada um dos campos e nas respectivas subdivisões destes (por ex., Filosofia Política e Direito Societário), pois não se poderia conhecer as pontes que interligam dois campos do conhecimento sem antes escolher um deles como ponto de partida.

Quanto aos *Textos Selecionados* referentes aos “Projetos”, os mesmos constituem em um exercício cívico de criar novos meios de organização social que possibilitem (i) a participação do maior número possível de pessoas no uso, gozo e fruição dos bens públicos; e (ii) a melhoria na prestação dos serviços devidos pelo Estado aos cidadãos.

*São Paulo, 07 de dezembro de 2.008.*

*Rafael Augusto De Conti.*

# SUMÁRIO

<b>ESCRITOS FILOSÓFICOS.....</b>	<b>12</b>
<b>ESCRITOS JURÍDICOS.....</b>	<b>118</b>
<b>PROJETOS.....</b>	<b>226</b>

# ÍNDICE DOS ESCRITOS FILOSÓFICOS

I.	<u>O USO PÚBLICO E O USO PRIVADO DA RAZÃO</u> .....	13
II.	<u>A POLITICAL POINT OF VIEW ABOUT THE LANGUAGE</u> ....	15
III.	<u>SOVEREIGNTY AND HUMAN RIGHTS (SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS)</u> .....	17
IV.	<u>HISTÓRIA DA FILOSOFIA DOS DIREITOS HUMANOS [OU DA DESCRIÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE O INDIVÍDUO E O COLETIVO NAS GERAÇÕES (OU DIMENSÕES) DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS IMPLICAÇÕES NOS SISTEMAS PROTETIVOS DE TAIS DIREITOS]</u> .....	20
V.	<u>FILOSOFIA DOS DIREITOS HUMANOS. INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT SOBRE DIREITOS HUMANOS</u> .....	42
VI.	<u>A PERSPECTIVA KANTIANA DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E ELEMENTO ENFRAQUECEDOR DO PRINCÍPIO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO DE NÃO INTROMISSÃO NOS ESTADOS</u> .....	50
VII.	<u>SOBERANIA, DIREITOS HUMANOS E RESPONSABILIDADE: UMA CONEXÃO NECESSÁRIA</u> .....	64

<b>VIII.</b>	<u>THE CONNECTIONS BETWEEN CAPITALISM, MASS CONSUMPTION AND THE TOTALITARIAN REGIME</u> .....	78
<b>IX.</b>	<u>ENSAIO SOBRE COMO INTERPRETAR UMA NORMA POSITIVA (E SOBRE COMO ESTA INTERPRETAÇÃO EXPLÍCITA A DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL DO SISTEMA DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO)</u> .....	81
<b>X.</b>	<u>NOTAS INTRODUTÓRIAS AO PENSAMENTO POLÍTICO DE ARISTÓTELES: O REGIME DE INCLUSÃO DE RICOS E POBRES</u> .....	89
<b>XI.</b>	<u>NOTAS INTODUTÓRIAS AO PENSAMENTO POLÍTICO DE PLATÃO: O “BEM FALAR” DO REI FILÓSOFO <i>VERSUS</i> O “FALAR BEM” DA DEMOCRACIA (OU DO MELHOR REGIME POLÍTICO EM FACE DA EPISTEMOLOGIA PLATÔNICA)</u> .....	94
<b>XII.</b>	<u>ENSAIO ACERCA DOS FUNDAMENTOS DA DEFESA DO INFRATOR DA NORMA PENAL</u> .....	101
<b>XIII.</b>	<u>CIÊNCIA E PROGRESSO: NOTAS A PARTIR DO TEXTO DE PIERRE AUGER DENOMINADO “OS MÉTODOS E LIMITES DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO”</u> .....	110
<b>XIV.</b>	<u>ARE WE RESPONSIBLE FOR THE OLD PEOPLE? (NÓS SOMOS RESPONSÁVEIS PELOS IDOSOS?)</u> .....	115

# ÍNDICE DOS ESCRITOS JURÍDICOS

I. <u>GENERALIZAÇÃO x ESPECIALIZAÇÃO</u> .....	119
II. <u>ON, PN (SEM DIREITO DE VOTO OU COM SUA RESTRIÇÃO) E O PODER DE CONTROLE EM COMPANHIAS ABERTAS COM ALTO NÍVEL DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICA</u> .....	120
III. <u>TECNOLOGIA SOCIETÁRIA: O SÓCIO DE SERVIÇO NA SOCIEDADE SIMPLES</u> .....	148
IV. <u>A ASSOCIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL</u> .....	159
V. <u>LAW &amp; ECONOMICS. O MICROCRÉDITO E A SOCIEDADE DE CRÉDITO AO MICROEMPREENDEDOR. FUNDAMENTOS SÓCIO-ECONÔMICOS E ELEMENTOS OPERACIONAIS E CONSTITUTIVOS CONFORME O DIREITO POSITIVO LEGAL E REGULAMENTAR</u> .....	168
VI. <u>LAW, ECONOMICS AND DEMOCRACY. O COMPONENTE ORGANIZACIONAL DE OUVIDORIA NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A RE-PERSONIFICAÇÃO DO CONSUMIDOR</u> .....	193

<b>VII.</b> <u>DEMONSTRAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA A PARTIR DE UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR: DIREITOS HUMANOS, LEGISLAÇÃO E ECONOMIA</u> .....	202
--	-----

# ÍNDICE DOS PROJETOS

I.	<a href="#">DA LIBERDADE DE CRIAR</a> .....	227
II.	<a href="#">EDUCAÇÃO PARA TODOS</a> .....	228
III.	<a href="#">JUSTIÇA EFICIENTE</a> .....	264

**ESCRITOS**  
**FILOSÓFICOS**

# I

## O USO PÚBLICO E O USO PRIVADO DA RAZÃO

No final do século XVIII, o filósofo Immanuel Kant estabeleceu duas possibilidades de uso para a razão do ser humano, o uso privado e o uso público.

Pelo uso privado, o advogado e o juiz são operadores do Direito, aplicando as normas dadas pelo ordenamento jurídico para a resolução dos conflitos.

Além disso, por meio de tal uso privado o professor ensina a matéria já estabelecida pela coordenação dos cursos, mostrando as diferentes correntes de pensamento independente de seu posicionamento acerca delas (isto, pelo menos em postura a ser buscada, pois sabemos que é impossível ser imparcial e que o papel do professor deve se referir ao modo de instigar o aluno a ir na própria fonte, para que este realize uma leitura "em primeira mão", e, portanto, com menos interferência).

Já pelo uso público da razão, o advogado e o juiz refletem criticamente sobre as normas, pensando se elas são ou não adequadas para a própria sociedade. Não é uma questão de aplicação de norma existente mas, sim, uma questão de sua reconstrução por meio da crítica. Por consequência, também é uma questão de criação de novas normas, tarefa esta que cabe não apenas ao profissional da área do Direito, mas a todo e qualquer cidadão.

Por este uso público da razão, o professor se posiciona pessoalmente a respeito da matéria que ensina, criticando autores e estabelecendo o seu próprio pensamento.

Minha intenção com este livro e, com o site em que reúno as minhas publicações é, justamente, explorar os dois usos da razão. RDC. 01.10.2008.

---

§

→ [Índice](#): p. 7

## II

### A POLITICAL POINT OF VIEW ABOUT THE LANGUAGE

Certainly, we can say that there is something above the language. Concepts are examples. The word “company” has the same meaning in Portuguese and in English.

The understanding process (of meaning) works with abstract forms that belongs to an ideal world (as Plato said with his Form’s Theory, by which there’s a Perfect World that is reproduced, of a imperfect way, in the Material World and concepts have importance, precisely, because they are in that ideal and formal dimension).

This is why science and religion are possible. The first because the concept has the same value in any place of the material world, the religion because the notion of God also needs the universality of the ideal dimension. Is good to remember that the concepts of God in every religion always have elements like “omnipresent”, “omnipotent”...always something absolute (that is the opposite of particularity).

And the general culture, on the side of science and religion (that is a specific, strict, culture), is too above the language. The language is created and modified by the culture.

But it is simple to verify that the language is necessary, even considering the existence of things above. Without language, we cannot talk,

and, consequently, we can not take decisions. Without power to take decisions, society cannot exist. Without society, there's no science neither any kind of culture. RDC. 07.06.2008.

---

§

→ [Índice](#): p. 7

### III

## SOVEREIGNTY AND HUMAN RIGHTS (SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS)

<p>Even in a globalized world, is not difficult to check the necessity of the sovereignty's concept. The application of the criminal law and the sovereign power of expulsion of individuals who enters illegally into the borders of a State show this necessity.</p>	<p>Mesmo em um mundo globalizado, não é difícil verificar a necessidade do conceito de soberania. A aplicação da lei penal e o poder soberano de expulsão de indivíduos que adentram ilegalmente as fronteiras de um Estado evidenciam tal necessidade.</p>
<p>However, the applicability of the sovereign concept shall be seen in a perspective not absolute because the own source of the concept. And is possible to see this since the concept was structured by Bodin and Hobbes, what happened only after the long maturation of disputes between the secular power and temporal power in the Middle Ages.</p>	<p>No entanto, a aplicabilidade do conceito de soberania deve ser vislumbrada de modo relativo em face da própria fonte do conceito. E isto é possível apreender desde que tal conceito foi estruturado por Bodin e Hobbes, o que só se deu após a longa maturação das disputas entre o poder secular e o poder temporal na Idade Média.</p>
<p>The sovereign power is established, basically, to protect individuals, residing its source in this protection. Thus, your use needs to respect the</p>	<p>O poder soberano é instituído, basicamente, para proteger indivíduos, residindo nesta proteção a sua fonte. Deste modo, o seu uso deve se</p>

<p>human rights, and not matter if they are thought by the rational aspect or the historical aspect.</p>	<p>assentar no respeito aos direitos humanos, sejam estes pensados sob seu aspecto racional ou histórico.</p>
<p>With regard to the rational aspect, we can say that the relation between the natural law (essential to ensure what we called human rights) and the civil law is of mutualism, i.e., one law depends of the other law to enforce its purpose.</p>	<p>No que diz respeito ao aspecto racional, podemos dizer que a relação entre lei natural (imprescindível para garantir o que denominados de direitos humanos) e lei civil é de mutualismo, ou seja, que uma lei depende da outra para fazer cumprir sua finalidade.</p>
<p>For example, if by one side, the judge only applies a civil law effectively when does in a fair way between the litigation parts, being this way of application of the civil law a commandment dictated by our reason, by the other side, the necessity of any person has a impartial trial only can be, in fact, satisfied by a civil law established and guaranteed by a sovereign power.</p>	<p>Por exemplo, se, por um lado, o juiz só aplica uma lei civil eficazmente quando o faz de modo equânime entre as partes litigantes, sendo tal modo de aplicação da lei civil um mandamento ditado por nossa razão, por outro lado, a necessidade de toda e qualquer pessoa ter um julgamento imparcial só pode ser de fato satisfeita por uma lei civil instituída e garantida por um poder soberano.</p>
<p>Already in relation to the historical aspect, the situation of stateless people at the beginning of the twentieth century shows us that it is impossible to guarantee human rights (envisioned by the rationalist view or</p>	<p>Já em relação ao aspecto histórico, a situação dos apátridas no início do século XX nos indica que é impossível garantir os direitos humanos (sendo estes vislumbrados pela óptica racionalista ou de sua</p>

<p>by the view of historical assertion view) without guaranteeing the right of citizenship.</p> <p>Based on these dialectic concepts between human rights and sovereignty, it is reasonable to conclude that who take decisions based on the sovereign power is strictly prohibited to not taking into consideration the human rights, failing which, at worst, can not require compliance with its decision, not permitting, in this way, the own use of sovereignty. <i>RDC. October, 2008.</i></p>	<p>afirmação histórica) sem se garantir o direito de cidadania.</p> <p>Partindo-se destas noções dialéticas entre direitos humanos e soberania, é razoável concluir que aquele que toma decisões pautado no poder soberano está terminantemente proibido de não levar em consideração os direitos humanos, sob pena de, no limite, não poder exigir o cumprimento de sua decisão, inviabilizando, assim, o próprio uso da soberania. <i>RDC. Outubro, 2008.</i></p>
---	---

---

§

---

→ [Índice](#): p. 7

## IV

# HISTÓRIA DA FILOSOFIA DOS DIREITOS HUMANOS [OU DA DESCRIÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE O INDIVÍDUO E O COLETIVO NAS GERAÇÕES (OU DIMENSÕES) DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS IMPLICAÇÕES NOS SISTEMAS PROTETIVOS DE TAIS DIREITOS]

---

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A Primeira Geração (Dimensão) dos Direitos Humanos; 1.1. Aspectos Filosóficos; 1.2. O Surgimento e a Primeira Transformação do Estado – Do Estado Monárquico Absolutista para o Estado Liberal; 1.3. Primeira Conclusão; 2. A Segunda Geração (Dimensão) dos Direitos Humanos; 2.1. Aspectos Filosóficos; 2.2. A Segunda Transformação do Estado – Do Estado Liberal para o Estado Social; 2.3. Segunda Conclusão; 3. A Terceira Geração (Dimensão) dos Direitos Humanos; 3.1. Aspectos Filosóficos; 3.2. A Terceira Transformação do Estado – Do Estado Social para o Estado Democrático; 3.3. Terceira Conclusão; 3.4. Terceira Conclusão; 4. A Quarta Geração (Dimensão) dos Direitos Humanos; 4.1. ONU – Mudanças que vem de fora; 4.2. Quarta Conclusão; CONCLUSÃO FINAL; Bibliografia.**

---

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que a História dos Direitos Humanos remonta ao início da civilização, estando o germe de tais direitos presentes em várias religiões. Porém, para se ater aos fins deste trabalho, faremos uma reconstrução histórica a partir do Pensamento Racionalista da Modernidade. Pode-se dizer que foi nesta época em que os Direitos Humanos foram colocados sob o crivo da racionalidade, sob, como diria Kant, o Tribunal da Razão.

Partindo desta primeira racionalização dos Direitos Humanos, percorreremos o seu desenvolvimento por meio da descrição panorâmica do desenvolvimento do pensamento filosófico (Bodin, Locke, Hobbes, Rousseau, Kant, Marx, Lefort, Keybes, Agamben) e da evolução das espécies de Estado (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático).

Uma vez percorrido o itinerário proposto na História da Filosofia e nas Transformações do Estado, ter-se-á, como viável, um balanço dos Direitos Humanos na contemporaneidade, em que o foco é identificar a relação entre o indivíduo e o coletivo, visto ser esta relação o núcleo constitutivo de quaisquer gerações (dimensões) de direitos humanos. Por consequência, ter-se-á, também como viável, a identificação dos Sistemas Protetivos de tais Direitos na atualidade.

## **1. A Primeira Geração (Dimensão) dos Direitos Humanos**

### **1.1. Aspectos Filosóficos**

A primeira geração dos Direitos Humanos remonta a Revolução Francesa. Diz o Artigo II do texto adotado pela Assembléia Nacional da França em 26 de agosto de 1789: *“O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”*.

É importante estar atento a dois pontos do trecho retro transcrito, a saber, que os Direitos são Naturais e que há uma sobreposição, confusão, entre os Direitos do Homem e os Direitos do Cidadão.

Em relação aos Direitos como liberdade e propriedade serem naturais, podemos remontar a várias filosofias, dentre as quais, a de John Locke (1.632 – 1.704). Este pensador irá argumentar, em seu ensaio de juventude intitulado

“Ensaio sobre a Lei de Natureza”<sup>1</sup>, que existe uma lei universal que todos somos capazes de apreender, pois a mesma é apreendida pela razão, faculdade que todos possuímos.

Tomas Hobbes (1588 – 1679), por sua vez, irá dizer que todos possuímos o direito (*liberdade*) a lutar por nossa sobrevivência em razão de nossa própria constituição natural. Segundo o pensador, “*Quando alguém transfere o seu direito, ou a ele renuncia, o faz em consideração a outro direito que reciprocamente lhe foi transferido, ou a qualquer outro bem que daí espera. Pois é um ato voluntário, e o objetivo de todos os atos voluntários dos homens é algum bem para si mesmos. Portanto, há alguns direitos que é impossível admitir que alguns homens, por quaisquer palavras ou outros sinais, possa abandonar ou transferir. Em primeiro lugar, ninguém pode renunciar ao direito de resistir a quem o ataque pela força para lhe tirar a vida, pois é impossível admitir que com isso vise algum benefício próprio. O mesmo se pode dizer dos ferimentos, das cadeias e do cárcere, tanto porque desta resignação não pode resultar benefício – como há quando se resigna a permitir que outro seja ferido ou encarcerado -, mas também porque é impossível saber, quando alguém lança mão da violência, se com ela pretende ou não provocar a morte. Por último, o motivo e fim devido ao qual se introduz esta renúncia e transferência do direito não é mais do que a segurança da pessoa de cada um, quanto à sua vida e quanto aos meios de a preservar de maneira tal que não acabe por dela se cansar. Portanto, se por palavras ou outros sinais um homem parecer despojar-se do fim para que esses sinais foram criados, não se deve entender que é isso que ele quer dizer, ou que é essa a sua vontade, mas que ele ignorava a maneira como essas palavras e ações iriam ser interpretadas*”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> LOCKE, John. *Political Essays*. Edited by Mark Goldie. CAMBRIDGE University Press

<sup>2</sup> HOBBS, Thomas – *Leviatã – Ou matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. Organizado por RICHARD TUCK. Tradução de JOÃO PAULO MONTEIRO e MARIA BEATIZ NIZZA DA SILVA. Tradução do Aparelho Crítico de CLAUDIA BERLINER. Revisão da Tradução de EUNICE OSTRENSKY – São Paulo: Martins Fontes, 2003. – (Clássicos Cambridge de filosofia política). p. 115.

Mesmo na fase de transição para a Modernidade (que começa propriamente no século XVII) têm-se a idéia de lei natural. O pensamento de Jean Bodin (1.530 – 1.596) é um exemplo: “*Se nós dissermos que tem poder absoluto quem não está sujeito às leis, não encontraremos no mundo príncipe soberano, visto que todos os príncipes da Terra estão sujeitos às leis de Deus e da natureza e a certas leis humanas comuns a todos os povos*” (República I, 8, p. 190)<sup>3</sup>.

Vê-se, assim, que há uma Idéia de Lei Natural e que tal Lei é apreendida por meio da Razão (mesmo em Bodin, que possui resquício do Pensamento Medieval).

É por meio de tal lei natural que vislumbramos que somos igualmente livres por sermos naturalmente iguais. Esta é a visão JusNaturalista<sup>4</sup> que embasa as condições de existência dos Direitos Humanos no Ocidente e que, ainda hoje, mesmo recebendo várias críticas, é invocada.

Ora, se estamos refletindo acerca de um Direito cujo titular é a Humanidade, faz-se preciso pensar além do Direito de cada Povo em particular, ou seja, além do Direito Positivado de cada Estado. E isto só se faz possível quando pensamos em um Direito Universal.

Voltemo-nos, agora, para o segundo ponto importante a se atentar no texto francês supra transcrito. A sobreposição entre o Direito do Homem e o Direito do Cidadão.

---

<sup>3</sup> **BARROS**, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.

<sup>4</sup> “O jusnaturalismo moderno...fundamentará o direito na natureza do homem racional e passível de socialização, quer esteja inscrita de maneira inata na sua natureza, quer se apresente como uma espécie de superação dos obstáculos que sua natureza individual não consegue superar. Por essa mesma razão, poderíamos denominar o Direito Natural moderno de Direito Natural racional, já que tem como referência a natureza racional do homem, fundadora das leis que deverão comandar o direito, a moral e a política” (BARRETO, Vicente de Paulo – ORG. Dicionário de Filosofia do Direito. Editora Unisinos: São Leopoldo, RS e Editora Renovar: Rio de Janeiro, RJ).

Quando se diz que o fim de toda associação é a conservação dos direitos naturais, vê-se que estes possuem como protetor, garantidor, o que contemporaneamente chamamos de Estado. É neste ponto que surge a idéia do Estado Garantidor de tais Direitos, que são considerados como os básicos.

Começa-se a instaurar uma relação que é a base da crítica dos pensadores que vão contra os Direitos Humanos e que, também, paradoxalmente, é a base da evolução dos Direitos Humanos de Primeira Geração para os de Segunda Geração.

É a relação em que o Estado é tutor do cidadão. Rousseau (1.712 – 1.782), em sua crítica ao verbete Direito Natural da enciclopédia de Denis Diderot (1.713 – 1.784), já aponta que é preciso retornar para a concretude da vida social, e não pensá-la apenas abstratamente, como a Modernidade vem fazendo. Pode-se dizer que Rousseau já é a fagulha, dentro da Modernidade, que irá impulsionar o desenvolvimento humano para muito além da Segunda Geração de Direitos Humanos. Notemos a atualidade do pensador francês quando critica a idéia de Gênero Humano defendida por Diderot: *“somente da ordem social estabelecida entre nós é que extraímos as idéias daquela que imaginamos”*.

Neste sentido, a defesa dos Direitos Humanos deve começar, antes, dentro das próprias comunidades políticas existentes, e não pelo caminho inverso (nos dias de hoje, diríamos por meio de órgãos internacionais, por exemplo). Portanto, na Modernidade, o Direito do Homem é o Direito do Cidadão.

Esta posição é veementemente atacada quando nos voltamos para a realidade dos apátridas da Segunda Guerra Mundial, a qual é tão bem explicada por Hannah Arendt.

Também é fundamental notar que, enquanto tutor do cidadão, o Estado não pode se voltar contra ele. E é justamente este o ponto de tensão da primeira geração de Direitos Humanos: O ESTADO, ENQUANTO COLETIVIDADE, SERVE PARA GARANTIR OS DIREITOS DOS PARTICULARES, E NADA MAIS, NADA MENOS, NÃO PODENDO, POR CONSEQUENTE, ATENTAR CONTRA ESTES PARTICULARES, QUE O COMPÕE, POIS O MESMO SERIA QUE ATENTAR CONTRA SI MESMO.

Após percorrermos estas breves reflexões sobre os Direitos Humanos, podemos dizer que, para os pensadores que instauram este espaço público de debate, o homem singular, concreto, é portador de um Sujeito Transcendental (aos moldes kantianos) e que, enquanto portador de tal Sujeito, ele é detentor também de Direitos Inalienáveis, Imprescritíveis, Imutáveis, ou seja, de Direitos Naturais. Não obstante, paradoxalmente, para alguns destes pensadores, um Direito Humano só é passível de ser defendido dentro de uma Comunidade Política, ou seja, apenas quem é cidadão é que pode ter os seus Direitos Assegurados. É interessante notar que, mesmo em Kant, o cidadão do mundo é, antes, o cidadão de uma determinada nação.

## **1.2. O Surgimento e a Primeira Transformação do Estado – Do Estado Monárquico Absolutista para o Estado Liberal**

O Estado Absolutista Monárquico, que possui fundamento em alguns filósofos citados acima (Hobbes, Bodin) e no fato do monarca ser o soberano e deter poder absoluto sobre os súditos, sem grandes limitações, engendrou o Estado Liberal, que também possui fundamento em alguns dos filósofos já citados (Locke).

Enquanto o primeiro Estado sufoca o cidadão, podendo dele retirar as suas terras por uma simples vontade do soberano, o Estado Liberal garante o cidadão de que nenhum abuso será cometido por aquele que detém o poder. E

este é um ponto importante a ser sublinhado: a abuso do governante encontra limites nos direitos humanos reconhecidos na Revolução Francesa (liberdade, propriedade e segurança).

E isto se deu com a passagem da detenção do Poder Soberano para o Povo (ou Nação, como preferem alguns). Rousseau, neste ponto, foi importantíssimo, pois deslocou o poder soberano das mãos de apenas um indivíduo (ou de apenas alguns indivíduos) para as mãos do povo. Este é quem detém o poder soberano.

A Representatividade do Poder passa a ter uma importância incrível para a operacionalização da Comunidade Política. Aquele que cria leis passa a ser o meu representante, pois o poder de legislação é meu e não dele (que é um simples mandatário).

O documento citado no início deste tópico dispõe em seu Artigo III: “*O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação; nenhum grupo ou indivíduo pode exercer qualquer autoridade, a não ser aquela que emana expressamente da nação*”.

Se somos soberanos, nossos direitos, consubstanciados na expressão de uma vontade geral, devem ser respeitados por uma vontade particular, que é a do representante-mandatário. Liberdade, propriedade e segurança do povo (ou nação) devem ser respeitadas, portanto, em razão da soberania da vontade geral. O ESTADO DEVE ASSEGURAR TAIS DIREITOS, NÃO OS PODENDO VIOLAR.

Vê-se, neste desenrolar histórico, a ascensão da Burguesia, que é quem detém o Poder Econômico. Ela estabelece a regra do jogo político, qual seja, que o Estado é apenas um garantidor e não um interventor. O Estado deve, tão somente, garantir a livre competição. A autonomia da vontade é colocada como corolário do desenvolvimento social da época. O indivíduo nasce livre e

o Estado só pode ir contra sua liberdade na medida em que é autorizado pelo indivíduo para tanto.

### **1.3. Primeira Conclusão**

Por todo o exposto neste tópico, pode-se concluir que os Direitos Humanos de Primeira Geração (ou Dimensão, como alguns preferem chamar), estão permeados pelas seguintes características:

- a) os Direitos Humanos encontram justificativa em um Direito Natural que todos os indivíduos podem apreender, pois tal apreensão se dá por meio da razão;
- b.) os Direitos Humanos de 1ª Geração confundem-se com os direitos de um cidadão nacional, por isso, a proteção destes direitos se dá por parte do Estado (tutela jurisdicional);
- c.) os Direitos Humanos de 1ª Geração surgem como modo de proteger as liberdades dos indivíduos do Estado (este, por ter como princípio a proteção do indivíduo burguês, não pode ir contra este indivíduo, o que significa o mesmo que a garantia dos direitos de propriedade, liberdade e segurança);
- d.) Em razão do indivíduo burguês estar como centro em todas as áreas do conhecimento, têm-se que os Direitos Humanos de 1ª Geração estabelecem a supremacia do interesse individual (ou privado) sobre o coletivo (ou público);
- e.) os Direitos Humanos de 1ª Geração só surgiram graças ao surgimento do modelo de Estado Liberal de Direito.

## **2. A Segunda Geração (Dimensão) dos Direitos Humanos**

## 2.1. Aspectos Filosóficos

No texto intitulado “*Sobre a questão judaica*”, Marx (1.818 – 1883) irá criticar os Direitos Humanos dizendo que existe uma separação entre a sociedade civil atomizada (ou seja, individualista) e a comunidade política que a comanda. O cidadão, ao ser tutelado pelo Estado, perde o seu poder. Ser tutelado, neste caso, significa que aquele que tem que cumprir a lei não é aquele que faz a lei, portanto, não é o dono de seu próprio destino, não podendo, assim, direcioná-lo.

Diz o filósofo alemão: “*Os direitos do homem, direitos dos membros da sociedade burguesa, são apenas os direitos do homem egoísta, do homem separado do homem e da coletividade*”.

Fica claro pela passagem transcrita acima que o problema começa, tem sua base, no individualismo, que faz o homem ver o mundo como se o interesse individual fosse absolutamente mais importante que o coletivo.

É importante lembrar que Marx é um crítico do capitalismo de sua época e, portanto, da pedra angular que o sustenta, o individualismo burguês.

A crítica marxiana, ao denunciar a separação da Sociedade Civil da Política de Estado, descrevendo como grande parte da Humanidade (os trabalhadores) é controlada por uma minoria (os burgueses), instaura o espaço de debate acerca da possibilidade de existência e eficácia dos Direitos Humanos.

Pode-se dizer que Marx, ao apontar os problemas do capitalismo em sua versão agressiva dos liberais, aponta, ao mesmo tempo, para um novo modelo de Estado Constitucional: o Estado Social de Direito. Este, por sua vez, é aquele que vai permitir a positivação de Direitos Humanos de 2ª

Geração ao redor do mundo. A primeira posituação de tais direitos se deu com a Constituição Mexicana de 1.917 que assegura direitos sociais, por exemplo, aos camponeses e aos trabalhadores assalariados.

Note-se que o filósofo alemão vai contra, em princípio, a própria idéia de Direitos Humanos, por esta ser idealista e pelos motivos acima já transcritos. No entanto, o conteúdo de sua crítica é o que vai estabelecer o cenário possível para o reconhecimento dos Direitos Humanos de 2ª Geração.

Caso o escopo deste trabalho fosse fazer uma crítica às condições de possibilidade dos Direitos Humanos, sejam estes quais forem, poderíamos citar a seguinte passagem do livro “*Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*”, pedindo, apenas, para que o leitor substitua a palavra ‘religião’ pela palavra ‘Direitos Humanos’.

Diz Marx: “*É este o fundamento da crítica irreligiosa: o homem faz a religião, a religião não faz o homem. E a religião é de fato a autoconsciência e o sentimento de si do homem, que ou não se encontrou ainda ou voltou a se perder. Mas o homem não é um ser abstrato, acorrido fora do mundo...*”<sup>5</sup>.

## **2.2. A Segunda Transformação do Estado – Do Estado Liberal para o Estado Social**

Segundo Phyllis Deane, professor da Universidade de Cambridge, “*A suposição de que a revolução industrial é o caminho que conduz à afluência se constitui, hoje em dia, quase que num axioma do desenvolvimento econômico. Um processo contínuo – alguns diriam ‘auto-sustentado’ – de crescimento econômico pelo qual (com exceção das guerras e catástrofes naturais) cada geração pode, de modo confiante, esperar usufruir níveis mais*

---

<sup>5</sup> **MARX**, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus, Supervisão e Notas de Marcelo Backes. São Paulo: Boitempo, 2005.

*altos de produção e consumo do que aqueles de seus predecessores está ao alcance apenas daquelas nações que se industrializaram”.*

A Revolução Industrial (metade do século XVIII), como descrito acima, de fato, trouxe uma melhora incrível na qualidade de vida das pessoas. Ocorre que, ao mesmo tempo, a Revolução trouxe consigo a exploração dos trabalhadores e a instauração do cenário de luta de classes. Por consequência, pode-se dizer também que, em razão deste acontecimento histórico, surgiu a crítica científico-filosófica acerca do capitalismo.

Em função destes efeitos colaterais trazidos pela industrialização, teve-se, ao redor do mundo, várias manifestações com o intuito de estabelecer parâmetros mínimos para, por exemplo, o ser humano trabalhar nas fábricas. Destas manifestações, que é a expressão de defesa dos efeitos perniciosos do liberalismo extremo, é que surgem os primeiros Direitos Humanos de 2ª Geração, que são os Direitos Sociais.

Revoluções como a Mexicana e a de Abril de 1.917 (que criou a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) possibilitaram o surgimento, como contraponto ao Estado Liberal de Direito, do Estado Social de Direito. Também é possível citar, como resultado das alterações que tiveram início na metade do século XVIII, a Constituição de Weimar na Alemanha, em 1.919.

Keynes (1.883 – 1.946), brilhante economista inglês, irá identificar dois grandes problemas da sociedade capitalista: a pouca oferta de emprego e a má distribuição de renda. Como proposta de solução para tais problemas, Keynes expressa a necessidade de atribuição ao Estado de um papel ativo, em que empregos seriam gerados por ele (está aqui o nascedouro das empresas estatais) e em que ele (o Estado) seria responsável pela redistribuição da renda mediante, por exemplo, a cobrança de tributos progressivos.

Sem a intervenção do Estado, as mãos invisíveis de regulação do mercado, vistas pelos teóricos clássicos da economia, não mais podem agir livremente para a regulação do mercado. O mundo dos fatos nos mostra que o mercado encontra-se desregulado e que a concentração de capital por alguns, e a abusividade destes para com aqueles que possuem menos, tendem a aumentar se não houver intervenção estatal.

Diz o economista: “...da teoria sobre o assunto em cujos preceitos fui educado e que domina o pensamento econômico, tanto prático como teórico, das classes governante e acadêmica dessa geração, como sucedeu durante os últimos cem anos. Argumentarei que os postulados da teoria clássica só se aplicam a um caso especial e não ao caso geral, a situação que ela pressupõe ser um ponto delimitador das posições de equilíbrio possíveis. Mais ainda, acontecem não serem as características do caso especial consideradas pela teoria clássica as mesmas da sociedade econômica na qual nós de fato vivemos, resultando disso que os seus ensinamentos se revelam enganosos e desastrosos quando tentamos aplica-los aos fatos da experiência”<sup>6</sup>.

Pelo exposto acima, fica claro que o papel do Estado, que era de não intervenção na economia e na vida privada dos indivíduos, passa a ser o de regulador da vida econômica e privada.

O Estado deve intervir para dar assistência àqueles que não possuem recursos materiais suficientes para uma vida digna. Pode-se dizer que o homem foi do extremo do idealismo do sujeito transcendental kantiano, que dá as condições de existência da dignidade humana, até o extremo do realismo, que teve início com o materialismo marxiano.

O Estado Social, neste sentido, também vai trazer consigo vários efeitos negativos, que serão mais bem explanados no decorrer desta exposição.

---

<sup>6</sup> KEYNES, John Maynard. *General Theory of Employment, Interest and Money*. p. 3.

## **2.3. Segunda Conclusão**

Pelas explanações acima tecidas, pode-se dizer que os Direitos Humanos de Segunda Geração possuem as seguintes características:

a.) os Direitos Humanos de 2ª Geração encontram sua justificativa na crítica dos Direitos Humanos de 1ª Geração;

b.) os Direitos Humanos de 2ª Geração surgem em razão dos principais problemas que o capitalismo clássico trouxe consigo, a saber, a concentração de renda, a exploração do trabalhador e a falta de emprego;

c.) os Direitos Humanos de 2ª Geração estão pautados nas idéias que permeiam o Estado Social de Direito, em que o coletivo tem maior importância que o individual e em que o Estado é visto como o agente principal do desenvolvimento humano;

d.) ao contrário dos Direitos Humanos de 1ª Geração, que visam a não intervenção do Estado na Autonomia dos Indivíduos, os Direitos Humanos de 2ª Geração visam justamente o contrário (é neste ponto, por exemplo, que reside o germe da idéia de dirigismo contratual na esfera do direito consumerista, o qual só será implementado no Estado Democrático de Direito);

## **3. A Terceira Geração (Dimensão) dos Direitos Humanos**

### **3.1. Aspectos Filosóficos**

Agamben (nascido em 1942), em seu livro “*Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua*”, irá descrever o surgimento dos Direitos Humanos de

1ª geração apontando justamente a identificação destes com os Direitos do Cidadão para, após, descrever as implicações perniciosas que tal identificação acarreta.

Diz o pensador: *“As declarações dos direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. Elas asseguram a exceptio da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do ancien regime. Eu, através delas, o súdito se transforme, como foi observado, em cidadão, significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas conseqüências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania. O princípio de natividade e o princípio de soberania, separados no antigo regime (onde o nascimento dava lugar somente ao sujet, ao súdito), unem-se agora irrevogavelmente no corpo do sujeito soberano para constituir o fundamento do novo Estado-nação. Não é possível compreender o desenvolvimento e a vocação nacional e biopolítica do Estado Moderno nos séculos XIX e XX, se esquecemos que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo, a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, é investido como tal pelo princípio de soberania. A ficção aqui implícita é a de que o nascimento torna-se imediatamente nação, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum. Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele), somente na medida em que ele é o fundamento, imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão”*<sup>7</sup>.

A partir desta crítica, é possível vislumbrar uma atualização consistente acerca da idéia dos Direitos Humanos que não só acarreta em um retorno às idéias racionalistas dos Direitos Humanos de 1ª Geração como, também, engloba em sua crítica os déficits democráticos trazidos pelo nacionalismo

---

<sup>7</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

extremado que se encontra no contexto histórico dos Direitos Humanos de 2ª Geração.

No decorrer da obra retro citada, Agamben irá demonstrar que o descolamento dos Direitos do Homem com os Direitos do Cidadão encontra-se em grau máximo na Segunda Guerra Mundial. A “vida indigna de ser vivida” é determinada, por exemplo, por meio dos decretos da Alemanha Nazista que, ao considerar a vida de uma determinada etnia não mais interessante do ponto de vista político, mandava para as fornalhas os judeus em nome da manutenção do corpo político puro da nação alemã.

A expressão do problema de se considerar o Direito Humano de um indivíduo somente se este indivíduo for um cidadão, vem a tona com o fenômeno dos refugiados em massa. Populações inteiras vagando sem destino, fugindo da guerra. Se os indivíduos de tais populações são considerados apátridas, quem irá zelar pelos seus direitos?

Por isso, Hannah Arendt irá formular a famosa idéia de que o ser humano deve possuir direito a ter direitos. Na Segunda Grande Guerra, os apátridas não tinham quem garantisse os seus direitos, pois o Estado que deveria fazer isto não os acolhia ou não existe mais.

Note-se como é interessante (justamente por ser paradoxal) o desenrolar histórico dos Direitos Humanos. Primeiro, tem-se a defesa extrema do indivíduo particular que gera, em um segundo momento, a necessidade de uma defesa do coletivo, defesa esta justificada pela própria defesa do indivíduo face ao capitalismo. Assim, têm-se o surgimento do nacionalismo exacerbado que, por sua vez, irá massacrar o indivíduo. Pode-se dizer que nesta dialética entre os Direitos Humanos de 1ª e de 2ª Geração, tomando-se como foco a relação entre o indivíduo e o coletivo, tivemos o momento de síntese no Estado Democrático de Direito.

Tal Estado visa não apenas resguardar a igualdade formal e material do cidadão, mas, também, visa considerar o indivíduo como portador de um elemento que só o ser humano possui, a saber, a Dignidade. Vê-se, assim, o estabelecimento da Humanidade como Sujeito de Direito e um verdadeiro avanço para a concretização da idéia de um Direito Cosmopolita, aos moldes da “paz perpétua” kantiana.

### **3.2. A Terceira Transformação do Estado – Do Estado Social para o Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito, sucessor do Estado Social, visa propiciar um maior canal de comunicação entre aquele que é o destinatário da norma e aquele que faz a norma.

Além disso, em razão do déficit operacional democrático do Executivo (que chegou ao limite com os Totalitarismos) e do déficit operacional democrático do Legislativo (que tem a sua debilitação mensurada pela precariedade do sistema representativo) têm-se que o Estado Democrático deposita o seu foco no Judiciário e na sua função de limitar o abuso dos outros órgãos representativos do Poder Público.

Foi neste modelo Constitucional de Estado (o mais desenvolvido do ponto de vista histórico-democrático) que os Direitos Humanos de 1ª Geração encontraram a sua máxima proteção e que os Direitos Humanos de 2ª Geração se firmaram como Direitos cuja eficácia depende, prioritariamente, da organização política da Sociedade Civil.

A Constituição Brasileira, por exemplo, possui os chamados remédios constitucionais para os Direitos de 1ª Geração (Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Habeas Data, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, Ação Direta de Inconstitucionalidade) e, para os Direitos de 2ª Geração, a

Constituição prevê Normas Programáticas, de eficácia limitada, ou seja, que dependem de lei. O Direito de Greve é um exemplo de norma programática.

É importante atentar para a idéia de que os Direitos Sociais representam um custo para o Estado e que, portanto, mesmo em os mesmos estando previstos na Constituição Federal, eles só podem ser implementados com a observância do dinheiro em caixa que o Estado possui. É o que a Jurisprudência vem chamando de “reserva do possível”. Por exemplo: A nossa Constituição Federal possui uma norma que diz que todos tem direito a moradia. Se um mendigo for ao Judiciário reclamar o seu direito a moradia, o juiz não poderá dar uma sentença determinando que o Executivo lhe dê uma casa para morar se o Estado não possuir recursos para tanto. Por isso, pode-se dizer que os Direitos Sociais são direitos de implementação progressiva. É dizer: Eles só serão providos em havendo possibilidade material do Estado de provê-los.

### **3.3. Terceira Conclusão**

Como exposto acima, o foco no Estado Democrático de Direito é o Judiciário, pois é ele a última instância de controle do Poder Estatal.

Levando-se em consideração este dado, a necessidade de defesa do abuso do poder econômico e o desenrolar histórico mostrado acima, pode-se dizer que os Direitos Humanos de Terceira Geração possuem as seguintes características:

- a.) os Direitos Humanos de 3ª Geração visam a proteção de coletividades *latu sensu*, como o consumidor, que sofrem abuso do Poder Econômico;

b.) os Direitos Humanos de 3ª Geração só se tornaram possíveis com o Estado Democrático de Direito, que é uma evolução do Estado Social, que por sua vez é uma evolução do Estado Liberal de Direito;

c.) os Direitos Humanos de 3ª Geração são marcados pela possibilidade do indivíduo interferir na Esfera Estatal por meio de uma ampla gama de remédios constitucionais.

#### **4. A Quarta Geração (Dimensão) dos Direitos Humanos**

##### **4.1. ONU – Mudanças que vem de fora.**

A criação da ONU em 1.948 com o objetivo de manter a paz e de dar efetividade às normas de proteção existentes na esfera internacional, como a Convenção de Genebra, inaugura um novo marco nos Direitos Humanos.

A ONU surge como o órgão internacional que começará a dar maior efetividade aos direitos que beneficiam a Humanidade, e não apenas o cidadão. Tais Direitos são os chamados Direitos Humanos de 3ª Geração. A coletividade da nação (foco dos Direitos Humanos de 2ª Geração) abre passagem para a coletividade global (Aldeia Global).

A defesa dos bens que pertencem a todos não deve apenas se pautar nos Direitos Positivados pelos Estados, mas, também, pelas normas constantes nos tratados internacionais. É importantíssimo, neste ponto, lembrar do Tribunal Penal Internacional Permanente e nas Intervenções da ONU na soberania de alguns países por meio da justificativa de defesa da paz mundial. Este último caso mostra como a positivação de normas não é essencial para se invocar os Direitos Humanos como justificativa na tomada de alguma ação política por parte dos Estados e organizações internacionais.

Se por um lado, no âmbito da soberania interna dos Estados, têm-se o desenvolvimento de legislações como a consumerista e a ambiental, extremamente bem vindas, pois fazem a proteção de Direitos Coletivos (Direitos de Terceira Geração), por outro lado, no âmbito da soberania externa, têm-se a idéia de que os Direitos de Quarta Geração não apenas servem para a garantia da paz mas, também, tais Direitos servem como instrumento de manobra dos detentores do poder econômico (EUA).

#### **4.2. Quarta Conclusão**

O Estado Social de Direito criou as mais sangrentas guerras entre os homens, as Duas Grandes Guerras Mundiais. Por meio de tal Estado é que se construiu o nacionalismo exacerbado dos nazistas, facistas e de outros regimes totalitários ao redor do mundo.

A proteção da não nação acima do indivíduo humano gerou a necessidade de maior controle do Estado, pois a História mostrou que estes podem ir contra aqueles que deveria proteger (os cidadãos). A Ditadura no Brasil é um exemplo histórico recente.

Assim, quase que concomitantemente aos Direitos Humanos de 3ª Geração, têm-se a formação dos Direitos Humanos de 4ª Geração, cujas principais características são:

- a.) a necessidade da proteção da espécie humana das crueldades que as Guerras podem ocasionar;
  
- b.) a necessidade de inviabilizar sistemas totalitários que oprimem os próprios cidadãos;

c.) permitir a garantia de tais direitos por órgãos internacionais, visto que, se o Estado for contra o seu próprio cidadão, este não terá a quem recorrer senão a alguém maior do que o próprio Estado;

## CONCLUSÃO FINAL

Após tecer esta sucinta genealogia *jusfilosófica* dos Direitos Humanos, faz-se possível tecer um balanço contemporâneo da relação indivíduo-coletivo, tanto no âmbito interno dos Estados (cidadão-Estado), como no âmbito externo (indivíduo-Humanidade), bem como se faz possível responder as questões: “Como se dá a proteção dos Direitos Humanos na atualidade?” e “Há eficácia nesta proteção?”.

Primeiramente, é preciso notar que todas as gerações de Direitos Humanos foram fundamentais para chegarmos ao ponto que estamos. Por esta razão, não podemos abandonar as idéias principais que permeavam estas Gerações mas, sim, apenas aparar os extremismos.

Assim, a 1ª Geração contribui com a racionalização, a conceituação, dos Direitos Humanos, a 2ª Geração contribuiu para trazer o ser humano novamente próximo da realidade, a 3ª Geração e a 4ª Geração, que tiveram um desenvolvimento quase que concomitante, contribuíram como momento de síntese das duas Gerações anteriores buscando estabelecer maior equilíbrio entre o indivíduo e a coletividade.

É importante lembrar também que no desenrolar histórico das Gerações o conceito de coletividade foi se transformando. Atualmente, coletividade se refere não apenas ao conjunto de indivíduos que pertencem a um determinado Estado, e que portam determinada nacionalidade, mas, coletividade se refere, também, ao Gênero Humano.

A relação indivíduo-coletivo, seja este coletivo uma nação ou a Humanidade, encontra, no mundo contemporâneo, o melhor equilíbrio que já foi experimentado por nós no decorrer de nossa História.

Quanto às perquirições supra, pode-se dizer que os Direitos Humanos de 1ª e de 3ª Geração encontram a eficácia de sua proteção no próprio ordenamento jurídico interno dos Estados e que os Direitos Humanos de 2ª Geração encontram a eficácia de sua proteção principalmente na ação política (os Direitos Sociais são direitos a serem implementados) e não na ação do Estado-Julgador. Já em relação aos Direitos de 4ª geração, faz-se plausível dizer que os mesmos estão começando a ser positivados em legislações supra-nacionais, como o Estatuto de Roma, que instaurou o Tribunal Penal Internacional Permanente. *RDC*. 07.2007.

## **Bibliografia**

- **AGAMBEN**, Giorgio. *Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002;
- **BARROS**, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001 **BARRETO**, Vicente de Paulo – **ORG.** Dicionário de Filosofia do Direito. Editora Unisinos: São Leopoldo, RS e Editora Renovar: Rio de Janeiro, RJ;
- **HOBBS**, **Thomas** – *Leviatã – Ou matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. Organizado por **RICHARD TUCK**. Tradução de **JOÃO PAULO MONTEIRO** e **MARIA BEATIZ NIZZA DA SILVA**. Tradução do Aparelho Crítico de **CLAUDIA BERLINER**. Revisão da Tradução de **EUNICE OSTRENSKY** – São Paulo: Martins Fontes, 2003. – (Clássicos Cambridge de filosofia política). p. 115.

- **KEYNES**, John Maynard. *General Theory of Employment, Interest and Money*. p. 3;

- **LOCKE**, John. *Political Essays*. Edited by Mark Goldie. CAMBRIDGE University Press;

- **MARX**, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus, Supervisão e Notas de Marcelo Backes. São Paulo: Boitempo, 2005;

---

§

→ [Índice](#): p. 7

## V

# FILOSOFIA DOS DIREITOS HUMANOS. INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT SOBRE DIREITOS HUMANOS.

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Minorias – Grau Avançado de desproteção jurídica; 3. Apátridas – Ausência de proteção jurídica; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

---

### **1. Introdução**

Uma das questões que tocam o cerne da concepção dos direitos humanos diz respeito à possibilidade ou não de existência de direitos universais que pertençam a todo e qualquer indivíduo, independentemente da nacionalidade.

As atrocidades cometidas pelos Estados Totalitários, na Europa da primeira metade do século passado, corroboram no sentido de que não há tal possibilidade.

Os fatos que fizeram com que as teorias universalistas (idealistas) de direitos humanos desmoronassem foram, especificamente: (i) a situação precária das grandes massas de povos minoritários que migravam em razão de problemas de guerra e econômicos; e (ii) de modo mais problemático, a situação dos apátridas.

### **2. Minorias – Grau Avançado de desproteção jurídica**

Os povos minoritários eram povos que possuíam certa limitação no exercício de seus direitos civis. Por exemplo, não tinham sua língua de origem reconhecida oficialmente.

No caso das minorias, pode-se dizer que havia, de um lado, uma tentativa de autodeterminação dos povos minoritários, considerados, até então, sem história, e, de outro, a idéia de assimilação de tais povos de modo a impor-lhes a cultura do povo estatal.

Ocorre que os povos minoritários eram em número muito elevado e possuíam cultura extremamente sólida, fatores que dificultavam a assimilação. Segundo Hannah Arendt, *“O fator mais poderoso contra a assimilação era a fraqueza numérica e cultural dos chamados povos estatais. A minoria russa ou judaica da Polônia não considerava a cultura polonesa superior à sua, e nem uma nem outra se impressionava muito com o fato de os poloneses constituírem cerca de 60% da população da Polônia”*<sup>8</sup>.

A saída prática encontrada para a resolução do problema das minorias, ante a ineficácia dos tratados internacionais e a crescente insatisfação e impotência de tais povos, acabou por se concretizar na repatriação em massa após a Segunda Guerra Mundial.

Desta saída, resultam duas conclusões: (i) conclui-se que os sistemas protetivos internacionais do direito das minorias, por serem dirigidos por representantes dos poderes dos sistemas protetivos primários, eram facilmente manipuláveis, consistindo tais sistemas mais em meio de opressão do que de garantia de direitos; (ii) conclui-se que *“havia sido consumada a transformação do Estado de instrumento da lei em instrumento da nação; a nação havia conquistado o Estado, e o interesse nacional chegou a ter*

---

<sup>8</sup> ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 306.

*prioridade sobre a lei muito antes da afirmação de Hitler de que 'o direito é aquilo que é bom para o povo alemão' ”<sup>9</sup>.*

### **3. Apátridas – Ausência de proteção jurídica**

Os apátridas eram pessoas que tinham perdido qualquer possibilidade de proteção da tutela jurídica do Estado. Ao não terem cidadania, acabavam por não ter existência formal (personalidade jurídica).

As principais causas do surgimento dos apátridas consistem nas desnaturalizações e desnacionalizações feitas em massa pelos regimes totalitários. A primeira tecnologia totalitária atingia pessoas naturalizadas que possuíam determinada origem enquanto que a segunda, atingia cidadãos natos pertencentes a categorias semelhantes dos desnaturalizados, demonstrando-se como uma etapa posterior da tática dos governos nazista e fascista, na eliminação das minorias tidas como indesejáveis.

O apátrida, ao não ter qualquer identificação reconhecida por qualquer ordenamento, acaba por ser jogado para fora, para a margem, do âmbito da lei, não possuindo o direito a ter direitos que se confere para o cidadão.

As soluções que eram previstas para o problema dos apátridas consistiam ou na repatriação ou na naturalização.

A primeira solução fracassou porque os Estados de origem se recusavam a aceitar tais pessoas, bem como os Estado de chegada não reconheciam a condição de apátridas dos refugiados, fatores que impediam a deportação.

Já a naturalização, que servia para dotar de direitos de cidadania aquelas pessoas que não haviam nascido no território nem tinham

---

<sup>9</sup> *Idem retro.* p. 309.

descendência sanguínea, fracassou em razão do volume de pessoas que chegavam ser tão grande, que as condições dos cidadãos naturalizados de mesma origem acabavam por ser abaladas, engendrando uma atitude inversa à naturalização por parte dos Estados, ou seja, engendrando o cancelamento das naturalizações concedidas no passado.

Despatriamento e naturalização guardavam uma relação inversamente proporcional.

Além disso, a naturalização, ao estabelecer, na Europa da época, uma condição de privação de certos direitos civis, não tornava as pessoas tão distantes da condição de apátridas e estrangeiros, o que dificultava o esforço para a sua realização.

Ademais, *“é difícil saber o que ocorreu primeiro, se a relutância dos Estados-nações em naturalizar os refugiados (com a chegada destes, a prática de naturalização tornou-se cada vez mais limitada e a prática da desnaturalização cada vez mais comum), ou a relutância dos refugiados em aceitar outra cidadania. Em países com populações minoritárias, como a Polônia, os refugiados russos e ucranianos tinham uma clara tendência de se incorporarem às minorias russa e ucraniana sem, contudo, exigirem cidadania polonesa”*<sup>10</sup>.

O fato é que não havia local algum que acolhesse tais pessoas. Os Estados em que os apátridas se encontravam não hesitavam, com base no soberano direito de expulsão, de enviá-los clandestinamente para os Estados vizinhos, que, por sua vez, faziam o mesmo.

Não tendo direito a residir e trabalhar, o apátrida vivia em constante transgressão à lei para sobreviver. Arendt irá dizer que *“toda a hierarquia de valores existentes nos países civilizados era invertida no seu caso. Uma vez*

---

<sup>10</sup> *Idem retro.* p. 306.

*que ele constituía a anomalia não-prevista na lei geral, era melhor que se convertesse na anomalia que ela previa: o criminoso”<sup>11</sup>.*

E, absurdamente, a condição de criminoso era a melhor que um apátrida podia se encontrar porque era a condição na qual se tornava possível a recuperação de certa igualdade humana. O Apátrida, ao ter que ser tratado como outro criminoso qualquer, passava a possuir direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, e, até, direito de reclamar contra os abusos que pudesse sofrer na prisão.

*“Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei”<sup>12</sup>.*

Não obstante, a identidade de uma pessoa em um Estado de Direito é constituída primariamente pelo reconhecimento jurídico dado pela certidão de nascimento. Sem identidade oficial o ser humano não possui existência no mundo jurídico. O apátrida, portanto, inexistia no universo legal.

E tal inexistência se dava em um nível global, devido à teia dos tratados internacionais que fazia o cidadão de um país carregar consigo sua posição legal, estando o apátrida, do ponto de vista jurídico-formal, pior que o estrangeiro inimigo.

Além da adesão a uma vida criminosa, o outro único meio que um apátrida tinha para conseguir uma identidade reconhecida pelo outro acabava sendo a aquisição da fama que o distinguisse em meio à multidão. Considerando-se que a fama, naquelas circunstâncias, só podia advir da genialidade, parece ficar claro que quase nenhum apátrida era dotado de identidade, mostrando-se aos olhos do Estado como apenas um número indesejável que devia ser eliminado o quanto antes das estatísticas.

---

<sup>11</sup> *Idem retro.* p. 319.

<sup>12</sup> *Idem retro.* p. 320.

É importante lembrarmos que a perda da identidade possui sua fonte na perda do lar, que é o local onde se constrói a textura social que modela, primariamente, o sujeito.

E o que agravava a situação no caso dos apátridas é a impossibilidade de se encontrar um novo lar e, portanto, de se inserir em um novo tecido social que permita o indivíduo impulsionar-se na busca de suas aspirações.

Sem perspectiva de futuro, o apátrida era jogado para fora do tempo, assim como o é o sujeito, vislumbrado pelos idealistas, que detém direitos inalienáveis. Este, como àquele, ao ser a representação de todos (o apátrida é a explicitação do humano desvinculado de nacionalidade), acaba por não ser a representação de ninguém.

#### **4. Conclusão**

Pode-se dizer que um dos abalos na concepção de direitos humanos dos pensadores idealistas (como Diderot e Kant) é dado justamente pela demonstração da necessidade de vinculação dos “*direitos humanos*” a “*cidadania*”, sob pena de tais direitos inalienáveis não servirem para nada.

Na época da “*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*” (século das luzes), tinha-se a seguinte situação paradoxal: (i) por um lado, procurava-se afirmar a existência de direitos que estavam fora do tempo, que não eram resultantes do movimento da história, e, sim, que eram resultantes da própria condição humana, residindo no homem a fonte das normas; (ii) por outro lado, procurava-se o reconhecimento da soberania dos povos como expressão de reconhecimento da personalidade de um coletivo.

Assim, se pelo termo “*Direitos do Homem*” enfatizava-se um caráter de universalidade, pautado na crença na razão e no formalismo extremo, pelo termo “*Direitos do Cidadão*” enfatizava-se um caráter de particularidade.

Ou seja, se, por um lado, intentava-se elevar o homem a uma esfera transcendental, por outro, a transformação da titularidade da soberania, que saia das mãos do monarca para as mãos do povo, prendia o ser humano à particularidade da nacionalidade, a via que de fato garantia a efetivação da tutela jurídica.

As atrocidades cometidas pelos regimes comumente chamados de Totalitários, explicitadas nos campos de concentração e extermínio, servem para demonstrar que os direitos humanos são vazios e inúteis quando não vinculados a um ordenamento jurídico específico.

Além disso, servem para demonstrar que tudo é possível, inclusive a consideração de um ser humano como coisa descartável, o que fica claro quando apreendemos a racionalidade do extermínio de grupos étnicos feito pelos nazistas, que, após transformarem tais grupos em minorias, os transformaram em apátridas.

E a constatação de que tudo é possível, por sua vez, mina a Democracia em seu cerne, ou seja, na vontade e decisão da maioria.

Arendt irá dizer: *“Um concepção da lei que identifica o direito com a noção do que é bom – para o indivíduo, ou para a família, ou para o povo, ou para a maioria – torna-se inevitável quando as medidas absolutas e transcendentais da religião ou da lei da natureza perdem a sua autoridade. E essa situação de forma alguma se resolverá pelo fato de ser a humanidade a unidade a qual se aplica o que é ‘bom’. Pois é perfeitamente concebível, e mesmo dentro das possibilidades políticas práticas, que, um belo dia, uma humanidade altamente organizada e mecanizada chegue, de maneira*

*democrática – isto é, por decisão da maioria -, à conclusão de que, para a humanidade como um todo, convém liquidar certas partes de si mesma”<sup>13</sup>.*

Por fim, no âmbito da filosofia do direito, tais atrocidades serviram para demonstrar a insuficiência do ordenamento jurídico para dar conta dos fatos, que escorrem por entre os tipos legais como água pelos dedos.

Assim, a partir dos acontecimentos sem precedentes dos campos de extermínio, tornou-se explícita a necessidade de nos voltarmos para outros meios de interpretação jurídica dos fatos que vão além dos meios lógico-positivistas. RADC. São Paulo, 29 de novembro de 2007.

## **5. Bibliografia:**

- **ARENDT, Hannah.** Origens do totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989;

\_\_\_\_\_. *A condição humana.* Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade e Julgamento.* Trad. Rpsaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

§

→ [Índice](#): p. 7

---

<sup>13</sup> *Idem retro.* p. 332.

## VI

# A PERSPECTIVA KANTIANA DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E ELEMENTO ENFRAQUECEDOR DO PRINCÍPIO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO DE NÃO INTROMISSÃO NOS ESTADOS

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A constituição do sujeito kantiano; 3. A Autonomia da Vontade; 4. O Reino dos Fins e a Dignidade Humana; 5. O Direito e a Dignidade Humana; 6. Bibliografia.

---

### 1. Introdução

Desde o início de nossa jornada na Terra evoluímos absurdamente as técnicas de produção de bens que facilitam a vida. Do arauto às colheitadeiras guiadas por satélites chegamos ao ponto de possuir capacidade para suprir a necessidade alimentar de todos os habitantes do planeta. Dos encontros na ágora grega aos “chats” na internet chegamos ao ponto da possibilidade de debate instantâneo entre pessoas em qualquer lugar do globo. Do transporte de pedras sobre toras de madeiras para a construção de grandes pirâmides aos ônibus impulsionados por foguetes desbravamos o espaço e nele até construímos estruturas para nossa estadia. Da manipulação de ervas ao mapeamento do código genético de seres vivos, temos, hoje, até capacidade de criar novas formas de vida.

Não obstante todas estas conquistas do engenho humano, crianças ainda morrem por desnutrição, a esmagadora maioria das pessoas do mundo não passa de meros espectadores nas tomadas de decisões políticas, existem inúmeros seres humanos vivendo em condições desumanas e milhares têm suas vidas ceifadas todos os dias por doenças facilmente evitadas através de medidas básicas de higiene.

Não bastando este quadro incompreensível entre o conhecimento detido por nós e a condição miserável a que foi posta nossa dignidade ao longo da História, o homem, desde o início de sua jornada na Terra, aperfeiçoou técnicas de produção de bens que celebram a morte.

Fomos do tacape à bomba de hidrogênio, das guerras tribais às guerras globais e só não continuamos com estas em razão das mesmas se mostrarem como uma via bloqueada para a continuação da espécie humana.

Em face destas dicotomias existentes entre as técnicas e as finalidades a que servem, parece ficar claro o insucesso de Hermes, no mito da criação do homem, contado por Protágoras no diálogo de Platão, quanto a atribuição a nós, enviada por Zeus, dos sentimentos de justiça (*dikê*) e dignidade (*aidôs*).

O presente artigo visa demonstrar que Hermes não teve total insucesso na sua empreitada e que o ser humano, ao longo do desenvolvimento de sua razão na História, criou modelos racionais de escolha que nos permitem resgatar a incomensurabilidade da dignidade humana mesmo diante do fenômeno da reificação criado pelo capitalismo e impulsionado pelo consumismo planetário.

Tais modelos estão hoje mostrando seus frutos, mesmo que ainda incipientes e fracos diante da força do capital. O Tribunal Penal Internacional Permanente é um exemplo de fruto.

Assim, antes de adentrar ao estudo do tema proposto, é imperiosa a constatação de que a garantia dos direitos dos homens prescinde de uma luta incessante em que as vitórias, consubstanciadas na fortificação da consciência coletiva e individual da dignidade humana, são resultados das derrotas do passado.

## **2. A constituição do sujeito kantiano**

Kant, como filósofo da Modernidade, possui o sujeito como centro das suas pesquisas. Assim, durante a sua vida, investigou como é possível para o espírito humano conhecer e como é possível para ele agir de modo a alcançar o bem supremo.

Pautado nestas duas esferas de investigação, Kant divide a razão do homem em teórica e prática. Aquela servindo para compreendermos o mundo fenomênico, região do ser, onde opera o princípio da causalidade, e a última servindo para orientar as nossas ações no mundo que o filósofo chamou de *noumenal*, que é a região do dever ser e a região onde opera o princípio da finalidade.

Para o estudo do conceito kantiano de dignidade, importa-nos apenas a razão prática. Esta é constituída por um elemento que independe da experiência, ou seja, que é *a priori*.

Tal elemento é a liberdade, e todos nós, enquanto seres dotados de razão, a possuímos. Esta liberdade é a estrutura que possibilita a existência de uma lei moral que está acima de qualquer particularidade e que, portanto, é universal.

Detenhamo-nos um pouco mais sobre a razão prática e vislumbremos o seu modo de funcionamento.

O desejo está sempre unido ao sentimento de prazer ou de desprazer, sendo que nada expressa sobre o objeto desejado, tarefa esta da sensibilidade e do entendimento, referindo-se, tão somente, ao sujeito.

O prazer prático (ativo), que é o que nos importa neste estudo, pode ser vislumbrado por duas perspectivas: (a) deseja-se porque se teve prazer e (b) tem-se prazer porque deseja. Segundo a primeira, o prazer prático é visto como causa da determinação da faculdade de desejar e, por isso, dá a esta um caráter *a posteriori*. Já a última perspectiva põe o prazer prático como consequência da determinação precedente da faculdade de desejar, atribuindo a esta, como consequência, um caráter *a priori*.

Pela distinção tecida, respectivamente, têm-se o interesse da inclinação advindo de um estímulo, um impulso sensível, em contraposição ao prazer intelectual, em que o interesse no objeto é igual ao interesse da razão (é um interesse não sensível, mas puramente racional). Com isso, ao nos atermos a segunda perspectiva, esvaziamos a natureza do mundo fenomênico.

A consciência destas divisões é o fundamental para construir o arbítrio humano, ao nos permitir não sermos determinados pelo corpo. É verdade que nós somos afetados pelos impulsos destes, mas somos, em última instância, para Kant, determinados pela vontade pura (que é igual a razão prática). “*O arbítrio humano...é de índole tal que é, sem dúvida, afetado pelos impulsos, mas não determinado; portanto, não é puro por si (sem um habito racional adquirido), mas pode ser determinado às ações por uma vontade pura*”<sup>14</sup>.

E pela consciência de que somos capazes de produzir o objeto do prazer apenas na razão, como puro ato de desejar (tem-se prazer porque se deseja), aprendemos que somos naturalmente livres, haja vista a

---

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes – Parte I – Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 18.

independência que possuímos do corpo (sentido negativo de liberdade) e a faculdade da razão pura ser por si mesma prática (sentido positivo).

Portanto, o agir, fruto da razão prática, que se orienta pelo arbítrio, que por sua vez se origina do ato de desejar, ao ganhar, na filosofia de Kant, uma fundamentação a priori, permeia-se de uma validade universal.



Ou seja, a partir da constituição do sujeito kantiano é possível uma moralidade que não está presa a contingência da cultura. Tal moralidade é o que irá implicar na possibilidade de intervenção de órgãos internacionais em um Estado, como ficará demonstrado ao final.

### 3. A autonomia da vontade

A distinção tecida acima entre a perspectiva *a posteriori* e a perspectiva *a priori* do prazer é fundamental para compreendermos o princípio da autonomia da vontade que, segundo Kant, é a propriedade desta “graças à

*qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente dos objetos do querer)”<sup>15</sup>.*

O agir na moral kantiana não depende do objeto que se relaciona com a atitude, mas depende, precipuamente, da própria atividade de desejar, que está pautada, por sua vez, na necessidade de observância do princípio da autonomia. Este é condição que devemos respeitar.

Visto sob o viés da metáfora jurídica, fica claro que o respeito a tal norma é uma obrigação. E como diz Kant, “*a necessidade objetiva de uma ação por obrigação chama-se dever*”<sup>16</sup>. Ou seja, não podemos escolher respeitar ou não o princípio da autonomia. Devemos respeitá-lo sob pena não apenas de nossa ação ser tida como proibida, mas, antes de tudo, sob pena de perdermos a condição de seres racionais.

O princípio da autonomia, que advém do ser kantiano transcendental, é operacionalizado pelo indivíduo por meio do imperativo categórico, que dentre as várias definições dadas pelo pensador ao longo de toda a sua obra, pode ser assim expresso: “*Age segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal*”<sup>17</sup>. Assim, retira-se a possibilidade de relativização em face de contingências dadas pela cultura ou pela situação.

O imperativo categórico (moral) é melhor visualizado quando posto ao lado de seu contrário, o imperativo hipotético, que engendra o desrespeito ao princípio da autonomia, ou seja, que engendra a heteronomia. Segundo o último imperativo, não devo mentir se quero continuar a ser honrado. Já segundo o imperativo categórico, não devo mentir, ainda que o mentir não me trouxesse a menor vergonha. É dizer: por este, devo agir desta ou daquela

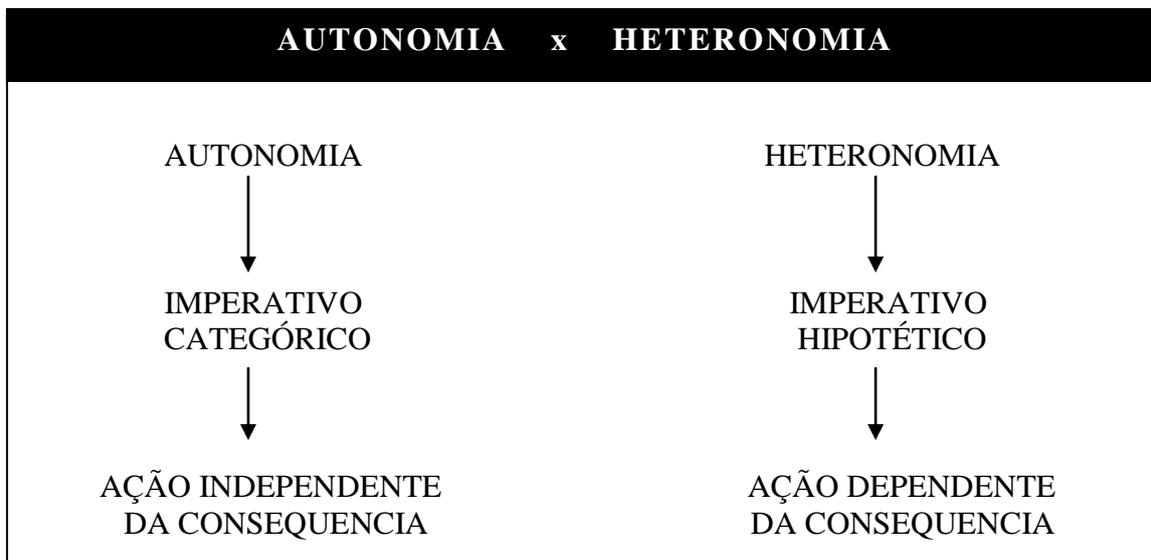
---

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 85.

<sup>16</sup> Idem supra. p. 84

<sup>17</sup> Idem supra. p. 80

maneira, mesmo que não quisesse outra coisa, enquanto que, por aquele, devo fazer uma coisa porque quero qualquer outra.



Evandro Barbosa faz observação esclarecedora, que se relaciona com a dicotomia em questão, acerca da liberdade em Kant: *“Para Kant, um sujeito será livre quando não se encontrar determinado por leis da natureza para a ação, o que não implica numa indeterminação. A princípio, isso desponta como um paradoxo: como uma vontade pode, ao mesmo tempo, ser livre e submetida a leis? A resposta de Kant seria de que a liberdade é a independência de uma determinação exterior, isto é, heterônoma. Nessa medida, pode-se pensar em liberdade da vontade se essa estiver submetida apenas às leis que a razão impõe a si mesma. A autonomia da vontade é, então, essa capacidade da vontade de ser determinada imediatamente pela razão, a qual é o princípio da razão prática. Já a heteronomia será a determinação dessa mesma vontade por motivos externos de sua razão, sem sua adesão racional. Sendo assim, toda vontade de um ser racional, enquanto vontade autônoma, é informada pela razão prática pura”*<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> BARBOSA, Evandro. *Direito e Moral em Kant: sobre sua relação e seus pressupostos*. Dissertação de Mestrado da PUCRS.

E Joaquim Carlos Salgado, por sua vez, explana com precisão as implicações do princípio da autonomia, que é a liberdade em seu sentido próprio, para os campos da moral e do direito: *“Na moral, a autonomia diz-se da vontade individual pura que legisla para si mesma (ou liberdade interna). No direito, é a mesma vontade legisladora, não mais enquanto legisla apenas para si mesma, mas enquanto participa da elaboração (pela possibilidade da sua aprovação) de uma legislação universal limitadora dos arbítrios individuais. Essa é a liberdade jurídica no sentido próprio ou liberdade externa, que em essência é sempre a mesma autonomia, pois que é a ‘faculdade de não obedecer a outra lei externa a não ser aquela a que eu possa ter dado a minha aprovação’ ”*<sup>19</sup>.

#### **4. O reino dos fins e a dignidade humana**

O princípio da autonomia da vontade, que é o não condicionamento a interesse próprio ou alheio, é a pedra angular do Reino dos Fins, que é um ideal. Reino é *“a ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns...como as leis determinam os fins segundo a sua validade universal, se se fizer abstração das diferenças pessoais entre os seres racionais e de todo o conteúdo dos seus fins particulares, poder-se-á conceber um todo do conjunto dos fins (tanto dos seres racionais como fins em si, como também dos fins próprios que cada qual pode propor a si mesmo)”*<sup>20</sup>.

Neste Reino, em que não há lugar para a instrumentalidade e em que as leis são dadas pela razão do sujeito transcendental, somos todos chefes e membros. Estamos na posição destes enquanto legisladores que estão submetidos às normas da razão prática (elemento da igualdade dado pela universalidade) e estamos na posição daqueles enquanto legisladores que não

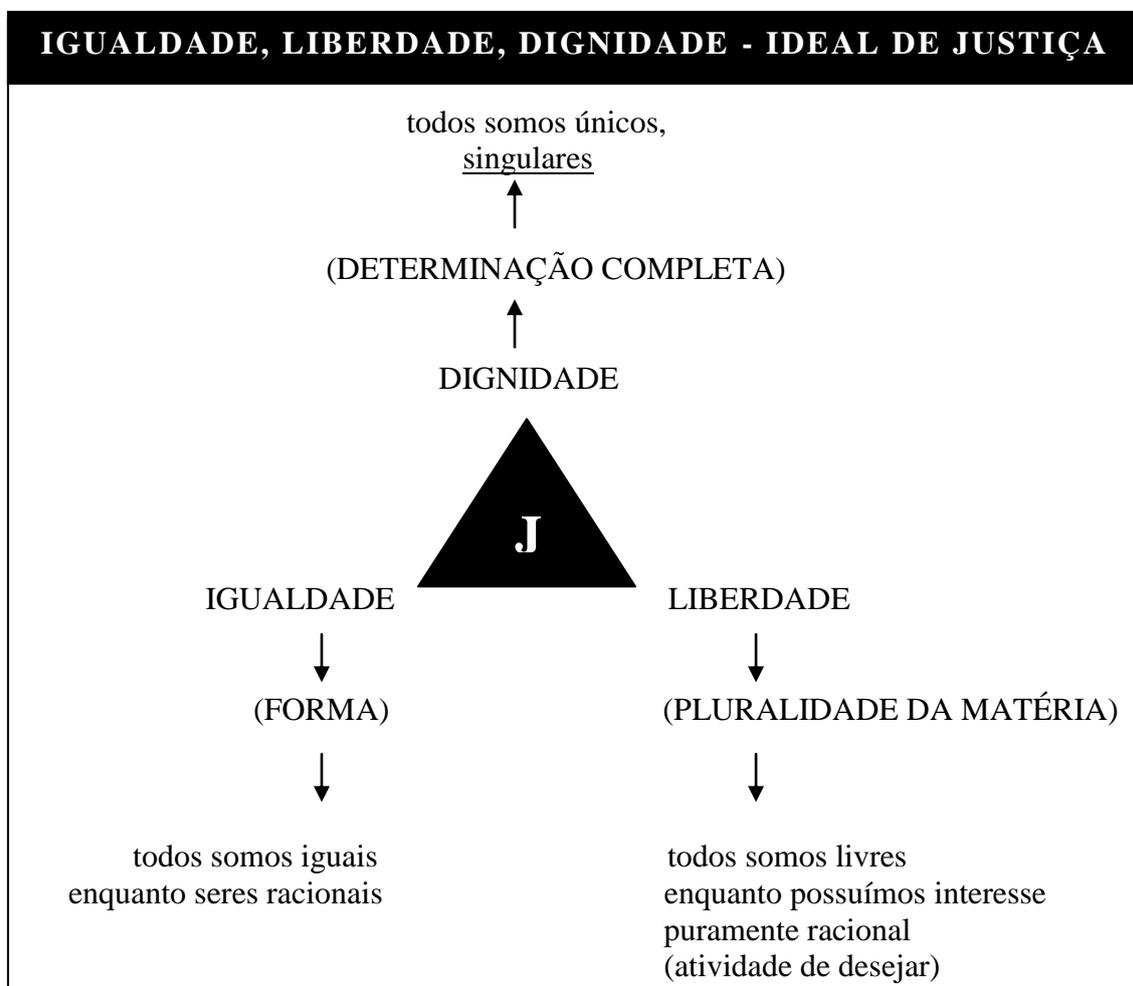
---

<sup>19</sup> SALGADO, JOAQUIM CARLOS. *A Idéia de Justiça em Kant – Seu Fundamento na Liberdade e Igualdade*. 2ª edição. Ed. UFMG: Belo Horizonte, 1995;

<sup>20</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 85.

estão submetidos a vontade do outro (elemento da liberdade). É dizer: somos livres para nos orientarmos pela nossa própria razão devendo apenas aos ditames desta obedecer.

A dignidade em Kant vai entrar como momento sintetizador entre a igualdade e a liberdade, respectivamente, entre a universalidade e a particularidade. A dignidade é, portanto, o momento da singularidade. Kant irá dizer: “*O progresso aqui efetua-se como que pelas categorias da unidade da forma da vontade (universalidade dessa vontade), universalidade da matéria (dos objetos, i. é dos fins), e da totalidade do sistema dos mesmos*”<sup>21</sup>. E isto só é possível quando consideramos os homens como fins em si mesmos, pois é só por meio desta consideração que se faz possível distribuir igualmente a liberdade entre os seres racionais. A lei deste momento de singularidade pode ser apreendida nos seguintes dizeres do filósofo: “*seres racionais estão pois todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si*”<sup>22</sup>.



Kant diz: “aquilo...que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ter um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade..a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade”<sup>23</sup>.

Dignidade, portanto, é aquilo que não pode ser quantificado, que não pode ser trocado. Dignidade é algo único, singular. Para o vocabulário jurídico, é um bem infungível. Para o poeta, é um estranho ímpar.

É interessante notar a racionalização kantiana ao lado do mandamento cristão que diz: “Amai o próximo como a si mesmo”. Tal mandamento ganha uma justificação racional. “Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus”<sup>24</sup>. Neste sentido, podemos considerar esta arquitetônica filosófica kantiana acerca da moral como as bases do cooperativismo.

## **5. O direito e a dignidade humana**

Note-se que cada indivíduo, ao carregar em si a representação da humanidade, porta, enquanto elemento constitutivo de seu ser, a dignidade. As Constituições estão impregnadas por esta idéia de inseparabilidade do ser humano e da dignidade. Em nossa Carta Magna, tal idéia é um princípio fundamental que está expresso no artigo 1º, inciso III (“A República Federativa do Brasil...constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”).

---

<sup>23</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 77.

<sup>24</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª edição. Saraiva: 2005, p. 23.

O que se faz importante compreender é o fato de que, se tomarmos como premissa os conceitos kantianos, ao se cometer um crime contra a dignidade de um indivíduo, está-se, concomitantemente, cometendo-se um crime contra a própria humanidade. Segue-se, então, que todos os outros membros da espécie humana podem, em caráter de defesa, voltar-se contra o agente do crime. O raciocínio é o mesmo tecido no âmbito interno dos Estados quando verificamos, no direito processual penal, que o promotor defende primeiramente o coletivo e não o indivíduo.

A inexorável conseqüência deste itinerário lógico é a possibilidade de intervenção de órgãos internacionais no âmbito interno dos Estados, relativizando o conceito de não intromissão e o de soberania. É o caminho do cosmopolitismo que estabelece cidadãos do mundo.

O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, instituído em 1993, é forte expressão deste movimento histórico pelo qual passamos. E isto fica claro quando analisamos um de seus objetivos, expresso no primeiro relatório anual da Corte, qual seja, a punição de pessoas responsáveis por perpetrar crimes contra a Humanidade.

O Tribunal Penal Internacional Permanente é outra forte expressão. Basta ver o artigo 5º do Estatuto de Roma: “*A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que atentam contra a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:..b.) Crimes contra a humanidade*”.

Assim, é possível dizer acerca do *plano externo* da soberania, no qual o Estado busca a inserção independente no cenário internacional, que a conscientização coletiva da importância da dignidade humana e da necessidade de seu respeito, principalmente após os horrores das Grandes

Guerras, acelerou o processo de limitação da nacionalidade engendrando uma era pós-nacional em que o advento do cidadão do mundo dificulta cada vez mais para os Estados, enquanto sujeitos de direito internacional, a utilização do princípio da não-intromissão nos assuntos internos.

Habermas irá dizer que *“do conceito de soberania do direito público internacional clássico resulta a proibição fundamental de intromissão nos assuntos internos de um Estado reconhecido internacionalmente. Embora essa proibição seja reforçada na Carta das Nações Unidas, desde seu surgimento ela entra em concorrência com o desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos. O princípio da não intromissão foi minado durante as últimas décadas mormente pela política dos direitos humanos”*<sup>25</sup>.

Não se trata de esvaziar por completo a soberania do Estado, pois, ainda hoje, a efetivação da segurança da dignidade, que sustenta os direitos humanos, ou seja, da sua não violação, faz-se, primeiramente, no plano nacional. Como é possível apreender do Preâmbulo do próprio Estatuto de Roma: “...o Tribunal Penal Internacional...será complementar às jurisdições penais nacionais”.

No entanto, pela exposição acima, ficou demonstrado que o respeito à dignidade não possui apenas uma validação positiva nas normas constitucionais. À dignidade se confere uma validação sobrepositiva e a conscientização global cada vez maior de tal pensamento é o que está propiciando a consubstanciação da segurança da dignidade de modo mais intenso também em um plano supranacional.

É dizer: estamos, cada vez mais rápido e com maior firmeza, caminhando para uma sociedade cosmopolita, cuja base é a consciência de

---

<sup>25</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota – 2ª edição – Edições Loyola – São Paulo: 2004 – pág. 174.

que todo e qualquer ser humano é digno porque é único, ou seja, insubstituível.

Não obstante a fome na África, as guerras declaradas e silenciosas que assolam a humanidade, e inúmeras outras tragédias que o ser humano enfrenta, parece que, extremamente devagar, mas continuamente, o homem, por meio do desenvolvimento de modelos racionais como o proposto por Kant, está seguindo a prescrição do poeta:

”Restam outros sistemas fora do solar a colonizar.  
Ao acabarem todos só resta ao homem (estará equipado?)  
a difícilíssima e perigosíssima viagem de si a si mesmo:  
por o pé no chão do seu coração  
experimentar  
colonizar  
civilizar  
humanizar  
o homem  
descobrir em suas próprias inexploradas entranhas  
a perene insuspeitada alegria  
de con-viver”<sup>26</sup>. *RDC*, 25.03.2007

## 6. Bibliografia

- **ANDRADE, Carlos Drummond.** *O homem: as viagens*
- **BARBOSA, Evandro.** *Direito e Moral em Kant: sobre sua relação e seus pressupostos.* Dissertação de Mestrado da PUCRS;

---

<sup>26</sup> ANDRADE, Carlos Drummond. *O homem: as viagens.*

- **HABERMAS, Jürgen.** *A inclusão do outro: estudos de teoria política.* Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota – 2ª edição – Edições Loyola – São Paulo: 2004;
  
- **SALGADO, Joaquim Carlos.** *A Idéia de Justiça em Kant – Seu Fundamento na Liberdade e Igualdade.* 2ª edição. Ed. UFMG: Belo Horizonte, 1995;
  
- **KANT, Immanuel.** *Fundamentação da Metafísica dos Costumes.* Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70;
  
- \_\_\_\_\_ . *Metafísica dos Costumes – Parte I – Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito.* Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70.

---

§

→ [Índice](#): p. 7

## VII

# SOBERANIA, DIREITOS HUMANOS E RESPONSABILIDADE: UMA CONEXÃO NECESSÁRIA

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Soberania e Direitos Humanos; 3. Responsabilidade pessoal sob a ditadura; 4. Soberania, direitos humanos e responsabilidade: uma conexão necessária; 5. Bibliografia.

---

*“Quase nada, imaterial ou estabelecido, que a minha educação me levou a acreditar ser permanente e vital, perdurou. Todas as minhas certezas, ou certezas aprendidas, sobre o que era impossível, aconteceram”*

**Churchill**

### 1. Introdução

Apesar da grande imprecisão acerca das estatísticas do Holocausto, estima-se que foram exterminados de 5.6 a 6.1 milhões<sup>27</sup> de judeus em razão

---

<sup>27</sup> Existem correntes, entre os historiadores, (i) que contestam estes números (corrente revisionista) e (ii) que chegam a negar a própria existência do Holocausto (corrente negacionista). Tais correntes são minoritárias e, comumente, encaradas como expressão de anti-semitismo. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a questão da disseminação de tais teorias no HC 82424, posicionando-se a favor da repressão deste tipo de manifestação. Este estudo encontra-se em consonância com a teoria majoritária, que afirma que o Holocausto existiu, mas que não deixa de considerar plausível que haja uma certa imprecisão no número de judeus mortos nos campos de extermínio, justamente em razão do governo nazista ter buscado, como qualquer criminoso, desfazer-se dos vestígios dos crimes que cometeu.

da idéia nazista de purificação da raça ariana<sup>28</sup>. Testemunha das atrocidades do campo de concentração de Auschwitz, o médico Miklos Nyiszli, feito prisioneiro neste campo de extermínio, descreve o cenário que sempre encontrava após a mortandade na câmara de gás: *“Os cadáveres não estão deitados por toda a parte ao longo e ao largo da sala; estão apertados num montão da altura do compartimento. A explicação reside no fato de que o gás inunda primeiro as camadas inferiores do ar e só se eleva lentamente até o teto. Obriga os desgraçados a se pisotear em subindo uns em cima dos outros. Uns metros acima, o gás os alcança um pouco depois. Que luta desesperada pela vida! Entretanto, trata-se de um prazo de dois ou três minutos. Se tivessem podido refletir, teriam percebido que pisoteavam seus filhos, seus pais, suas mulheres. Mas não podiam refletir. Os seus gestos não passam de reflexos automáticos do instinto de conservação. Observo que embaixo do monte de cadáveres acham-se os bebês, as crianças, as mulheres, os velhos; no cume os mais fortes. Os corpos com numerosas arranhaduras ocasionadas pela luta em que se engalfinham estão muitas vezes enlaçados. Nariz e boca sanguinolentos, rosto inchado e azulado, deformado, os tornam irreconhecíveis”*<sup>29</sup>

Pouco mais de meio século após o Holocausto, em 1994, governantes de Ruanda, na África, também praticaram atrocidades contra os direitos humanos que revelam a necessidade da responsabilização daqueles que possuem o exercício do poder soberano. Dentre as inúmeras acusações tecidas pela promotoria do Tribunal Internacional para Ruanda contra vários governantes, é possível encontrar, por exemplo, abusos sexuais e assassinatos em massa contra mulheres Tutsi.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Shulman, William L. *A State of Terror: Germany 1933-1939*. Bayside, New York: Holocaust Resource Center and Archives

<sup>29</sup> Nyiszli, Miklos. Título do original húngaro: *Fui Médico Anatomista do Doutor Mengele no Crematório de Auschwitz*. Tradução e adaptação do húngaro para o francês de Tibère Kremer. Tradução do francês MEDICIN A AUSCHWITZ de Valentina Leite Bastos. Editions Julliard, 1961. Editions Famot, Genève, 1976. Otto Pierre, Editores, 1980. Rio de Janeiro. p. 58.

<sup>30</sup> *“Between April 7 and the end of June, 1994, hundreds of civilians (hereinafter “displaced civilians”) sought refuge at the bureau communal. The majority of these displaced civilians were Tutsi. While seeking refuge at the bureau communal, female displaced civilians were regularly taken by armed local militia and/or communal police and subjected to sexual violence, and/or beaten on or*

Outros fatos, que ocorreram nos últimos cem anos, nas mais diversas partes do globo, como a experiência, relacionada à sífilis, feita em negros pelo governo norte-americano<sup>31</sup> e a violência do regime militar ditatorial no Brasil, que pautava suas ações na tortura e restrição da liberdade de expressão das pessoas, poderiam ser citados como outros exemplos de atrocidades (no sentido da frase de Churchill) cometidas por pessoas que detinham o controle direto do poder soberano.

Parece que o breve relato de tais atrocidades já é suficiente para demonstrar a necessidade de se refletir em instrumentos capazes de evitar e reprimir os crimes cometidos por quem detem o poder. O instrumento mais eficaz que o ser humano parece ter criado até o momento parece ter sido o Tribunal Penal Internacional Permanente, Refletir acerca do fundamento filosófico que possibilita a responsabilização destes agentes criminosos que se aproveitam dos cargos públicos para exterminar pessoas inocentes é outro ponto a ser abordado no decorrer deste texto.

---

*near the bureau communal premises. Displaced civilians were also murdered frequently on or near the bureau communal premises. Many women were forced to endure multiple acts of sexual violence which were at times committed by more than one assailant. These acts of sexual violence were generally accompanied by explicit threats of death or bodily harm. The female displaced civilians lived in constant fear and their physical and psychological health deteriorated as a result of the sexual violence and beatings and killings*". <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/indictment/actamond.htm>. Página acessada em 15 de agosto de 2007.

<sup>31</sup> “*El estudio de Tuskegee, recibió su nombre del instituto de investigaciones donde se realizó, una dependencia del Instituto Nacional de Salud de Estados Unidos, localizado en el condado de Macon, estado de Alabama. Fue una investigación prospectiva iniciada en 1932, irónicamente un año antes del incendio del Reichstag, e interrumpida 40 años más tarde por la presión de la prensa y la opinión pública. En esencia este estudio consistió en dejar evolucionar la sífilis en una muestra conformada por 407 pacientes jóvenes y negros, a fin de establecer con precisión la historia natural de esta enfermedad. A estos individuos se les engañó al no revelarles la verdad en cuanto a la naturaleza de lo que padecían y se les negó con ello el acceso al tratamiento adecuado. Tras el escándalo mediático y el evidente trasfondo racista del suceso, en un momento además en que la sociedad norteamericana efervecía de luchas por los derechos civiles, una sentencia judicial obligó al gobierno a indemnizar a las víctimas, brindarles atención médica de por vida y ofrecerles una disculpa pública. Esta última acción sólo fue cumplida 30 años después por el presidente William Clinton con fines puramente electorales y cuando ya sólo sobrevivían menos de una decena de las víctimas de Tuskegee*” - ACOSTA SARIO, José Ramón. The bioethical labyrinth of health research. *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Apr.-June 2006, vol.32, no.2 [cited 15 August 2007], p.0-0. <[http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-34662006000200009&lng=en&nrm=iso](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662006000200009&lng=en&nrm=iso)>. ISSN 0864-3466.

## 2. Soberania e Direitos Humanos

A soberania – conceito gestado durante séculos pelas disputas entre as múltiplas instâncias de poder na Idade Média<sup>32</sup> e que ganhou suas primeiras formulações nos pensamentos de Bodin<sup>33</sup> e Hobbes<sup>34</sup> – apesar de já ter sido atribuída como elemento pertencente ao rei, à nação, ao povo e ao Estado durante o seu desenvolvimento nos últimos séculos, parece ter permanecido fiel as suas duas principais características: (i) a prestação efetiva da tutela jurisdicional aos cidadãos do Estado ao qual está vinculada, garantindo a paz dentro de um determinado território mediante o uso do poder coativo; (ii) a característica de possibilitar a inserção dos entes estatais no cenário internacional, garantindo a cada Estado o reconhecimento, pelos demais, do direito de auto-governo sem interferência em seus assuntos internos por outra potência considerada igualmente soberana<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> “A noção de soberania, por sua vez, aparece como um conceito em transformação desde pelo menos a difusão ideológica e prática do cristianismo na Europa, a partir do século X” – Kraitsch, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002. pp. 29, 30

<sup>33</sup> “A primeira exposição sistemática da soberania é normalmente atribuída ao jurista Jean Bodin (1529/30-1596)...a teoria bodiniana...encontra-se esboçada no *Método para a fácil compreensão da história* (1566) e claramente enunciada em *Os Seis Livros da república* (1576)” – Barros, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001. pp. 27, 28.

<sup>34</sup> Hobbes identificava a soberania a uma alma artificial que dá vida e movimento ao corpo da comunidade política e cuja necessidade se explicita em leis naturais (busca da paz por meio de um contrato) que engendram a cooperação entre indivíduos ontologicamente racionais, auto-interessados e vulneráveis. “...uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por todos como autora, de modo que ela pode usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns. Àquele que é portador dessa pessoa chama-se Soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os demais são súditos” – Hobbes, Thomas. *Leviatã*. Organizado por Richard Tuck. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2003 (Coleção Clássicos Cambridge de Filosofia Política). p. 151.

<sup>35</sup> A Carta das Nações Unidas, em seu Artigo Segundo, expressa: “A Organização e seus membros, para a realização dos propósitos mencionados no art. 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros...7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta...”. (Tais parágrafos consubstanciam a cláusula de jurisdição doméstica, que se fez necessária durante a Idade Média para a maior liberdade dos governantes em relação a Igreja Católica e ao Sacro Império Romano Germânico, mas que, atualmente, mostra-se como empecilho para a repressão de crimes que atentam contra os Direitos Humanos).

Tais características, que estão necessariamente interligadas e são comumente denominadas de plano interno e plano externo de atuação da soberania, possuem uma conexão muito forte com os direitos humanos.

No concernente ao plano interno, pode-se dizer que os direitos humanos se relacionam de modo dúplice com a soberania, ora a limitando, ora a requisitando enquanto meio de proteção. Se nos voltarmos para a evolução histórica de tais direitos, apreenderemos que os mesmos tiveram como nascedouro a idéia de proteção dos indivíduos de arbitrariedades por parte dos detentores de poder dentro de uma comunidade política. As próprias Declarações do século XVIII compartilhavam desta noção. Segundo Hannah Arendt, *“A Declaração dos Direitos Humanos destinava-se...a ser uma proteção muito necessária numa era em que os indivíduos já não estavam a salvo nos Estados em que haviam nascido, nem – embora cristãos – seguros de sua igualdade perante Deus. Em outras palavras, na nova sociedade secularizada e emancipada, os homens não mais estavam certos daqueles direitos sociais e humanos que, até então, independiam da ordem política, garantidos não pelo governo ou pela constituição, mas pelo sistema de valores sociais, espirituais e religiosos. Assim, durante todo o século XIX, o consenso da opinião era que os direitos humanos tinham de ser invocados sempre que um indivíduo precisava de proteção contra a nova soberania do Estado e a nova arbitrariedade da sociedade”*<sup>36</sup>.

Se, por um lado, havia o requerimento de abstenção do Estado na vida individual, por exemplo, na não interferência da propriedade privada, por outro, ficava difícil pensar em um ente, que não o Estado, que garantisse esta não interferência.

Paradoxalmente, o mesmo poder que precisava ser limitado em prol do indivíduo era o único capaz de garantir a proteção destes direitos especiais

---

<sup>36</sup> Arendt, Hannah. As origens do totalitarismo. II – Imperialismo, a expansão do poder. Tradução de Roberto Raposo. Editora Documentário: Rio de Janeiro, 1976. p. 230.

declarados como inalienáveis e irredutíveis, como se o termo ‘humano’ estivesse contido no termo ‘cidadão’ no título da Declaração Francesa. Neste sentido, aponta Giorgio Agambem: “*No sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Isto está implícito, se refletirmos bem, na ambigüidade do próprio título da declaração de 1789: Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, onde não está claro se os dois termos denominam duas realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário, no qual o primeiro já está desde o início contido e oculto no segundo; e neste caso, que tipo de relações existe entre eles*”<sup>37</sup>.

O fato histórico, que explicita o extremo da ausência de proteção do indivíduo em face da ausência de um poder soberano que garantisse os direitos humanos, consiste na situação a que foram submetidas milhões de pessoas no início do século XX. Os refugiados de guerra e os apátridas (*displaced person*) eram estas pessoas que não tinham direito a qualquer tutela jurisdicional e que haviam perdido qualquer especificação, pois o lugar de onde saíram não mais os reconheciam como sujeitos de direito, bem como não havia lugar de chegada que os reconheceria como tal. O absurdo desta situação pode ser melhor compreendido nas seguintes palavras de Hannah Arendt: “*A melhor forma de determinar se uma pessoa foi expulsa do âmbito da lei é perguntar se, para ela, seria melhor cometer um crime. Se um pequeno furto pode melhorar a sua posição legal, pelo menos temporariamente, podemos estar certos de que foi destituída dos direitos humanos. Pois o crime passa a ser, então, a melhor forma de recuperação de certa igualdade humana, mesmo que ela seja reconhecida como exceção à norma. O fato – importante – é que a lei prevê essa exceção. Como criminoso, mesmo um apátrida não será tratado pior que outro criminoso, isto é, será*

---

<sup>37</sup> Agambem, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Primeira página do Cap. 2.

*tratado como qualquer outra pessoa nas mesmas condições. Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei*<sup>38</sup>.

Já no concernente ao plano externo da soberania, as desnacionalizações feitas em massa pelos regimes totalitários do início do século XX, causa principal do surgimento dos refugiados e apátridas, parece ter demonstrado não só a necessidade de se proteger o indivíduo no âmbito supra-estatal, garantindo o seu direito a ter direitos, como, também, a necessidade de se pensar na idéia de responsabilidade dos dirigentes da comunidade política como modo de se efetivar esta proteção. Desde então, teve-se cada vez mais a criação de sistemas protetivos internacionais de direitos humanos, criações estas que haviam se iniciado no final do século XIX e início do XX<sup>39</sup>. Pode-se dizer que houve o ultrapassamento do Estado pelo indivíduo, atribuindo-se a este, como se fez àquele, a característica de sujeito de direito internacional<sup>40</sup> como o mais novo modo de se efetivar a proteção dos chamados direitos humanos. Tal ultrapassamento está pautado na responsabilidade pessoal dos

---

<sup>38</sup> Arendt, Hannah. As origens do totalitarismo. II – Imperialismo, a expansão do poder. Tradução de Roberto Raposo. Editora Documentário: Rio de Janeiro, 1976. p. 224.

<sup>39</sup> A internacionalização dos mecanismos de reconhecimento e proteção dos direitos humanos começou em meados da metade do século XIX com as Convenções de Genebra (1864), Haia (1907) e Genebra (1929), referentes ao direito humanitário, com o Ato Geral da Conferência de Bruxelas (1890), referente a luta contra a escravidão, e com a criação da Organização Internacional do Trabalho (1919), que aprovou inúmeras convenções referentes ao direito do trabalhador assalariado. No entanto, foi no pós-segunda guerra mundial que o processo de internacionalização acentuou-se em face das atrocidades cometidas pelos Estados Totalitários. Em 1948 foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção para a Prevenção e a repressão do Crime de genocídio. A partir daí, surgiram as Convenções de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos (1949), a Convenção Européia dos Direitos Humanos (1950), os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981), a Convenção sobre o Direito do Mar (1982), a Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992) e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional Permanente (1998).

<sup>40</sup> “*Não se pode falar em direitos do homem garantidos pela ordem jurídica internacional se o homem não for sujeito de Direito Internacional. Dentro do mesmo raciocínio não poderíamos falar no criminoso de guerra, nem na proteção do trabalhador dada pela OIT...os autores clássicos de DI...sempre admitiram a personalidade internacional do homem. Esta posição decorria da influência do D. Natural na doutrina da época, bem como da noção de jus gentium de Roma, que ra um direito entre indivíduos. Foi somente a partir do século XIX que começou a reação contra a subjetividade do indivíduo. Nesse período predomina a soberania absoluta do Estado. Surge no DI o que foi denominado de uma ‘aristocracia de Estados’. O indivíduo somente atinge o mundo jurídico internacional através do Estado. No século XX surge uma reação, iniciada contra o monopólio do Estado. O indivíduo passa a ser considerado sujeito de direito no campo internacional.*” – Mello, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 767.

dirigentes dos Estados, sendo que o Tribunal Penal Internacional Permanente é a consubstanciação mais sofisticada desta idéia<sup>41</sup>.

### 3. Responsabilidade pessoal sob a ditadura

Após o estabelecimento da íntima conexão entre a soberania e os direitos humanos, na qual foi explicitado que a garantia destes direitos se dá primeiro em um âmbito Estatal e que tal garantia, para continuar existindo, necessita de órgãos supra-estatais que possam limitar o exercício do poder soberano, ao atribuir responsabilidade pessoal aos dirigentes de cargos públicos, resta, como etapa final, a reflexão acerca dos fundamentos desta responsabilidade.

A constatação de que a sociedade totalitária é uma sociedade em que a descartabilidade do ser humano deve ser elevada ao máximo para a manutenção do seu sistema burocrático, a primeira vista, permite a invocação, como aconteceu nos julgamentos do pós-guerra, do argumento de que aqueles que cumprem as ordens para matar são meros dentes de uma engrenagem sendo que, se a pessoa que recebeu a ordem não a cumpre, outra o fará.

Também as considerações (i) de que toda sociedade totalitária pode ser tida como monolítica, no sentido de exigir provas do aceite de seus princípios operacionais e escopos por parte das pessoas nas mais diversas áreas da comunidade política, bem como (ii) de que em tal sociedade o ato moral se

---

<sup>41</sup> “O TRATADO DE ROMA, que prevê a criação do Tribunal Penal Internacional vinculado à Organização das Nações Unidas (ONU), foi aprovado em 17 de julho de 1998 por uma maioria de 120 votos a favor, 7 em contrário (da China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. No dia 11 de abril de 2002, o Tratado alcançou 66 ratificações, ultrapassando o número de adesões exigido para sua entrada em vigor. O Brasil assinou o pacto em 12 de fevereiro de 2000, ratificando-o em 12 de junho de 2002, depois de aprovado pelo Congresso Nacional, tornando-se o 69º Estado a reconhecer a jurisdição do TPI. A nova Corte, sediada em Haia, na Holanda, terá competência para julgar os chamados crimes contra a humanidade, assim como os crimes de guerra, de genocídio e de agressão. Sua criação constitui um avanço importante, pois esta é a primeira vez na história das relações entre Estados que se consegue obter o necessário consenso para levar a julgamento, por uma corte internacional permanente, políticos, chefes militares e mesmo pessoas comuns pela prática de delitos da mais alta gravidade, que até agora, salvo raras exceções, têm ficado impunes, especialmente em razão do princípio da soberania” – Lewandowski, Enrique Ricardo. *O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade*. Estud. av., May/Aug. 2002, vol.16, no.45, p.187-197.

torna ilegal e todo ato legal se torna moral, possibilita outras duas argumentações: (i) a de que a única opção para um indivíduo não ser responsabilizado é a sua recusa completa da vida pública e (ii) a argumentação de que uma ordem dificilmente é manifestamente ilegal em um regime em que os crimes são travestidos pela normalidade, o que retira a responsabilidade pessoal.

A estes argumentos, juntamente com Hannah Arendt, faz-se possível tecer algumas perquirições que tocam o cerne da ética e da filosofia política: “Por que uma pessoa não se torna ou não continua sendo um dente de engrenagem, como aconteceu com pouquíssimos na Alemanha de Hitler?”; “Por que a grande maioria dos funcionários do Estado obedeceu as ordens de cometer atos criminosos?”

Com relação à primeira perquirição, Arendt aponta não só para a natureza do Tribunal, explicitando que esta instituição possui como suas bases constitutivas a responsabilidade pessoal e a crença no funcionamento da consciência, o que, portanto, faz com que em tal instituição não sejam julgados sistemas de governo, como, também, aponta a pensadora que aqueles que se recusaram a participar na vida pública totalitária não estavam dispostos a serem condenados a viver junto com criminosos para o resto da vida, que seriam eles próprios: “*Em termos francos, recusavam-se a assassinar, não tanto porque ainda se mantinham fiéis ao comando ‘Não matarás’, mas porque não estavam dispostos a conviver com assassinos – eles próprios*”<sup>42</sup>; “*Se estou em desavença com meu eu, é como se eu fosse forçada a viver e interagir diariamente com o meu próprio inimigo*”.

Diante do fato da troca, quase instantânea, de um sistema moral por outro, pela maioria dos alemães (“*a moralidade desmoronou e transformou-se num mero conjunto de costumes – maneiras, usos, convenções a serem*

---

<sup>42</sup> Arendt, Hannah. Responsabilidade e Julgamento. Edição Jerome Kohn; revisão técnica de Bethânia Assy e André Duarte; tradução de Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 107.

*trocados à vontade – não entre os criminosos, mas entre as pessoas comuns que, desde que os padrões morais fossem socialmente aceitos, jamais sonhariam em duvidar em que tinham sido ensinadas a acreditar*<sup>43</sup>), Arendt passa a buscar o fundamento da distinção entre o certo e o errado na liberdade individual de pensar, querer e julgar, criticando, assim, a anuência cega a sistemas morais pré-estabelecidos muitas vezes explícitos, inclusive, no ordenamento jurídico. Em outras palavras: não importa que todo o mundo vá contra mim, é preciso parar, pensar e julgar por mim mesmo.

Quanto ao segundo questionamento, Arendt busca a responsabilidade pessoal ao apontar a igualdade entre governantes e governados. Tanto governantes quanto governados precisam um do outro, sendo interdependentes e, deste modo, não deve haver mais imposição de uma parte em relação à outra, mas, ao contrário, deve haver consenso entre as partes. *“O nosso uso da palavra ‘obediência’ para todas essas situações estritamente políticas remonta à noção secular de ciência política que, desde Platão e Aristóteles, nos diz que todo corpo político é constituído de governantes e governados, e que os primeiros comandam e os últimos só obedecem às ordens...segundo essas noções anteriores, toda ação realizada por uma pluralidade de homens pode ser dividida em dois estágios: o começo, que é iniciado por um ‘líder’, e a realização, em que muitos participam para levar a cabo o que então se torna um empreendimento comum. Em nosso contexto, o que importa é a compreensão de que ninguém, por mais forte que seja, pode realizar alguma coisa, boa ou má, sem a ajuda de outros. O que temos aqui é a noção de igualdade que justifica um ‘líder’, que nunca é mais que o primus inter pares*<sup>44</sup>.

Ou seja, a idéia de divisão intransponível entre aquele que detém o exercício direto do poder soberano e aquele que sofre as conseqüências deste exercício, solidificada ao longo da História, engendrou, equivocadamente, a

---

<sup>43</sup> *Idem retro.* p. 118.

<sup>44</sup> *Idem retro.* pp 109-110.

noção de que a obediência deve anteceder o consentimento e, por conseqüência, engendrou a possibilidade de se eximir de responsabilidade aquele que cumpre com uma ordem que, em um regime onde o crime é o normal, nunca pode ser tida como manifestamente ilegal, sendo, assim, uma ordem passível de obediência.

Como os indivíduos são as partes igualmente constitutivas de uma sociedade, o que se mostra primeiro no processo de desenvolvimento social é a concórdia que há entre eles, e não a obediência destes em relação a alguém ou um grupo de pessoas, basicamente, porque esta obediência é criada pelo próprio consenso entre aqueles que obedecem. *“Por isso, a pergunta endereçada àqueles que participaram e obedeceram a ordens nunca deveria ser: ‘Por que vocês obedeceram?’, mas: ‘Por que vocês apoiaram’. Essa troca de palavras não é uma irrelevância semântica para aqueles que conhecem a estranha e poderosa influência que simples ‘palavras’ têm sobre a mente dos homens, que são, em primeiro lugar, animais falantes”*<sup>45</sup>.

#### **4. Soberania, direitos humanos e responsabilidade: uma conexão necessária**

Assim, após:

1.) Termos tecido um primeiro movimento, em que foi explicitada a dependência que os chamados direitos humanos possuem da soberania para serem reconhecidos e garantidos, pois é, basicamente, por meio do poder soberano que o ser humano passa a ter direito a ter direitos;

2.) após termos explicitado que o exercício do poder soberano precisa ser limitado, sob pena, de como aconteceu nos regimes totalitários do início do século XX, ter-se uma inversão na função básica da soberania, que ao invés de proteger, passa a atentar contra os direitos humanos;

---

<sup>45</sup> *Idem retro.* p. 111.

3.) após ter-se apontado que a limitação retro, fruto do processo histórico que possui sua mais sofisticada expressão no Tribunal Penal Internacional Permanente, está pautada na idéia de responsabilidade pessoal daqueles que exercem o poder soberano, bem como ter-se apontado os fundamentos filosóficos que justificam a existência desta responsabilidade,

faz-se possível concluir que a limitação do exercício da soberania, pela responsabilização pessoal dos agentes que a exercem diretamente, é um ótimo meio de se garantir a eficácia da proteção dos direitos humanos ameaçados pela força do próprio ente que é criado para protegê-los, o que se dá em função de um abuso de autoridade.

No entanto, parece que ficou clara a existência de outro problema além da simples imposição de regras e força aos que detém o poder de comando político direto da sociedade. Este problema está no cidadão que consente com os padrões estabelecidos sem uma prévia reflexão crítica, que engendre suas ações no espaço público, pois isto faz com que o comando político indireto (dado pelo sistema representativo) fique a mercê do comando direto dos governantes e magistrados, sendo mais facilmente manipulado.

Talvez, um começo interessante no processo de reflexão acerca das nossas atitudes no espaço público de convivência, que se mostra como uma semente que pode ajudar a prevenir atentados aos direitos humanos, resida na seguinte perquirição, a qual cada um se deve fazer: *“Será que eu seria capaz de conviver comigo mesmo após realizar o ato que me propõem?”*. RDC, 05.08.2007.

## **5. Bibliografia**

- **Acosta Sariego**, José Ramón. The bioethical labyrinth of health research. *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Apr.-June 2006, vol.32, no.2 [cited 15

August 2007], p.0-  
0.<[http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-34662006000200009&lng=en&nrm=iso](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662006000200009&lng=en&nrm=iso)>. ISSN 0864-3466.

- **Agamben**, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Primeira página do Cap. 2.

- **Arendt**, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Trad. Rpsaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

\_\_\_\_\_. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

\_\_\_\_\_. **The Origins of Totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace, 1975.

\_\_\_\_\_. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

\_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

- **Barros**, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001. pp. 27, 28.

- **Hobbes**, Thomas. *Leviatã*. Organizado por Richard Tuck. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2003 (Coleção Clássicos Cambridge de Filosofia Política)

- **Kritsch**, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002. pp. 29, 30

- **Mello**, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- **Nyiszli**, Miklos. Título do original húngaro: Fui Médico Anatomista do Doutor Mengele no Crematório de Auschwitz. Tradução e adaptação do húngaro para o francês de Tibère Kremer. Tradução do francês MEDICIN A AUSCHWITZ de Valentina Leite Bastos. Editions Julliard, 1961. Editions Famot, Genève, 1976. Otto Pierre, Editores, 1980. Rio de Janeiro.

- **Shulman**, William L. A State of Terror: Germany 1933-1939. Bayside, New York: Holocaust Resource Center and Archives

---

§

→ [Índice](#): p. 7

## VIII

### THE CONNECTIONS BETWEEN CAPITALISM, MASS CONSUMPTION AND THE TOTALITARIAN REGIME

Georg Lukács, a Hungarian philosopher who lived in the last century, built a theory about the capitalism that is essential to understand some reasons of the totalitarian regime and the connections of this regime with the contemporary phenomenon of mass consumption.

Accordingly to the part of his work, that utilized the consumption's relations as an object of study, the human beings have become a number and, by the same process, have lost their singularity.

This process would be done by the capitalism's nature, which transforms everything into monetary value and, consequently, transform the singularity in particularity.

Kant, enlightenment's philosopher of the eighteenth century, taught us that the particularity is the opposite of the universality and that the singularity is the synthesis of these two spheres. For example, you, who is reading this text, are a human being like all the other people and, at the same time, you are a particularly person which is a *constitutive part* of the whole called human species.

The singularity is, precisely, the union of this opposition (particularity-universality) and it is also the sphere which is responsible for making someone different from any other person. When we become a number, we lose the identity was given to us by this singularity's sphere.

From the Hannah Arendt political point of view, a twentieth century's philosopher, the biggest problem of identity's loss is the fact that, in this situation, a person can be replaced by another person, considering, also, that this replacement can be done by murder, as it happened at the Nazism, during World War II, when millions of human beings became disposable such as money and things exchanged in the mass consumption's relations. Disposability is the same that the loss of all and any quality.

It is possible that the power has a close relationship with the quantification process. Ultimately, a prisoner receives a number which substitutes his or her name aiming at better State's control. The loss of the personality implies the denial of oneself, and, consequently, the decreasing of power. Weakened, the prisoner can become more obedient.

By this destroying mechanism, it is possible to say that the biggest problem in this prison system is that the singularity of the human being is destroyed when the substitution of his name by a number takes place. And, in a totalitarian regime, everyone is a prisoner in this sense.

But Arendt goes further and says that in a totalitarian regime, such as the Nazism of World War II, the oppressed person is in a worse situation than a prisoner. The reason for this statement is that even a prisoner has some basic rights.

A person which lost all and any quality because of the loss of civil rights, such as the Jewish at the Hitler's government, did not have even a minimum protection. These people cannot be heard as a prisoner can be, if we take into consideration the fact that a prisoner can claim about something through the law.

The fundamental point of these philosophical views is that the normal economical organization and, consequently, the normal consumption life-style, can be the origin of a possible rise of a totalitarian regime to the power.  
*RDC. 12.03.2008.*

---

§

→ [\*Índice: p. 7\*](#)

## IX

# ENSAIO SOBRE COMO INTERPRETAR UMA NORMA POSITIVA (E SOBRE COMO ESTA INTERPRETAÇÃO EXPLICITA A DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL DO SISTEMA DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO)

### 1. Como interpretar uma norma positiva

Aristóteles nos ofereceu um método extraordinário para a análise de normas. Este método consiste na análise das causas finais (teleológicas), formais, materiais e motoras daquilo que se quer analisar.

Se considerarmos como objeto de estudo uma mesa, segundo a teoria aristotélica, a causa final desta mesa é servir de apoio para algo, a causa formal é a forma ideal de mesa (não importa se a mesa é oval ou retangular, ela possui a forma de uma mesa, qualquer mesa), a causa material da mesa é a matéria da qual ela foi feita (madeira, granito etc) e a causa motora é o esforço daquele que fez a mesa.

Para que possamos aplicar este método de análise às normas positivas da sociedade contemporânea, precisamos fazer alguns recortes do pensamento aristotélico, desconsiderando partes de sua filosofia política que se mostram incompatíveis com a organização da sociedade atual. Assim, desde já, é preciso deixar claro que o presente tópico não se propõe a fazer uma análise purista do pensamento de Aristóteles, mas, sim, propõe-se a fazer uma apropriação de um método exposto por este grande pensador.

Ao refletir sobre as causas de uma norma positiva da sociedade contemporânea, é possível dizer que a causa final desta norma é a pacificação social (manutenção de um estado de paz), e que a sua causa material são os anseios da sociedade em uma determinada conjuntura social, ou seja, aquilo que a sociedade deseja, justamente porque ela não tem.

É importante notar que no ambiente da *praxis*, chamarmos uma causa de final é incorrer em uma redundância, tendo em vista que o “por que?” pode ser integralmente convertido em “para que?”, como nos ensinou Jhering.

No entanto, para fins de didática na aplicação do método aristotélico de análise das causas, continuaremos a utilizar o termo “causa final”. Ademais, tal questão terminológica não nos impede de fazermos as perguntas “por que?” e “para que?” determinada lei foi feita quando da investigação de suas causas final (pacificação social) e material (os anseios da sociedade).

A causa formal é o procedimento, estabelecido por lei, para a criação de novas normas, ou seja, é o devido processo legal de produção legislativa, bem como também é causa formal a coerência lógica da norma (parte) com o ordenamento jurídico (todo).

Já para refletirmos sobre a causa motora (ou motriz), é conveniente *desconsiderar* a visão de Aristóteles sobre a Democracia, forma de governo tida por ele como ruim (em oposição a *Politéia*, que seria a forma boa).

Feito este recorte do pensamento aristotélico, e considerando um modelo político de governo pautado no sistema democrático representativo vigente, podemos dizer que a causa motriz é o povo, o qual age mediante os seus representantes (políticos eleitos). Também é possível dizer, se adotarmos uma perspectiva materialista (marxiana), que a causa motriz reside na luta de classes.

Não atentar para todas estas causas (constitutivas) da norma implica em redução da capacidade interpretativa e, conseqüentemente, em aplicação ineficaz da norma ao caso concreto.

A aplicação é ineficaz, justamente, porque não atenta para as possibilidades de análise da norma e, deste modo, não tem como corroborar para a construção de decisões que se pautem em todas as informações disponíveis (informações perfeitas). Em outras palavras, o aplicador da norma que não leva em consideração todas estas causas está a decidir com base em informações incompletas.

Por esta sucinta explanação, torna-se evidente a necessidade da formação humanista daquele que aplica a norma ao caso concreto.

Porém, tal método de interpretação de normas positivas pode nos dizer mais. Com vistas a demonstrar a importância deste método interpretativo e este algo a mais, reflitamos sobre o quanto a análise de algumas das causas das normas positivas nos possibilita vislumbrar a deficiência estrutural do sistema democrático representativo.

## **2. A deficiência estrutural do sistema democrático representativo**

A exposição de motivos de uma norma contém a causa material desta norma, ou seja, os anseios do povo-autor, o qual é representado em sua ação pelo político-procurador, residindo neste a causa motriz da norma positiva. Esta é a sistemática da democracia representativa.

Passemos, então, a verificar a consistência lógico-funcional de tal sistemática, averiguando, para tanto, a respeitabilidade ou não da premissa sobre a qual este sistema está edificado (realização da vontade do povo).

Esta verificabilidade se dá pela análise do extrapolamento, pelo julgador de um litígio, dos limites interpretativos que lhe foram impostos pelo legislador.

Ora, o princípio segundo o qual o juiz não pode julgar contra lei visa trazer segurança e mostra-se como um dos marcos principais dos limites interpretativos.

No entanto, este princípio relativiza-se. No caso do direito brasileiro, um exemplo é o servidor público que não prende o mendigo, mesmo que a norma lhe mande fazer o contrário, ou seja, deter as pessoas que estão ociosas (*Lei das Contravenções Penais. "Art. 60 - Mendigar, por ociosidade ou cupidez: Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses. Parágrafo único - Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada: a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento; b) mediante simulação de moléstia ou deformidade; c) em companhia de alienado ou de menor de 18 (dezoito) anos."*).

Os fatos são evidentes para a não aplicação desta norma: cadeias superlotadas, má distribuição de renda, grande população de mendigos, existência de desemprego.

A questão do juiz ultrapassar os limites impostos para ele pelo legislador tem impacto direto no sistema de freios e contra-pesos entre os Poderes e, em última instância, tem impacto direto no sistema democrático representativo, indicando que este possui uma deficiência estrutural.

Com base no método aristotélico de análise, podemos construir um modelo de verificação da aplicabilidade da vontade do legislador quando da construção das decisões do Poder Judiciário e formular, a partir deste modelo, a seguinte questão: Pode o Poder Judiciário justificar (motivar) decisões que extrapolem os limites estabelecidos pela lei com base no argumento de que estaria atualizando a vontade do legislador as realidades sociais presentes?

Esta pergunta, por sua vez, nos leva ao seguinte questionamento político: Até que ponto estamos em uma democracia representativa e até que ponto estamos em uma aristocracia (que no caso pode ser entendida a partir de uma meritocracia, como abaixo se evidenciará)?

Ora, onde há democracia se o povo, que se expressa por meio dos seus representantes (atores que portam a autoridade do autor-povo), deixa de governar o seu destino?

Em uma situação em que o juiz aplica a norma com interpretação contrária ao texto literal da lei e às razões expressas na exposição de motivos destas, o destino de todos passa a estar nas mãos dos representantes do Poder Judiciário (magistrados), que não são eleitos por voto, mas por mérito nos concursos.

E todos sabemos que aqueles que são eleitos por mérito como melhores (ou seja, como “*aristoi*”, palavra grega que compõe o termo aristocracia = governo dos melhores) são eleitos, na maioria das vezes, porque tiveram a possibilidade material de o serem. Alguém bancou os estudos de muitos magistrados que, para entrarem para a carreira, tiveram de dar dedicação exclusiva aos estudos, no mínimo, durante anos, devido ao volume de matéria.

Como, então, verificar se as decisões dos magistrados respeitam o sistema democrático representativo (o escolhido pelo legislador originário)? Como verificar se o juiz aplicou as normas ao caso concreto de acordo com a vontade do povo?

Se nós apreendermos a exposição de motivos de determinada norma, especialmente em relação as suas causas material e final, em perspectiva com as aplicações destas normas pelos magistrados, e isto é possível por meio da mensuração dos dissídios jurisprudenciais, poderemos verificar o quão

distante da vontade do legislador os instrumentos jurídicos estão sendo utilizados.

Os dissídios jurisprudenciais sempre carregam, por definição, interpretação diversa de duas ou mais correntes sobre a aplicabilidade de uma norma.

Deste modo, podemos dizer, no mínimo, que o posicionamento de um dos julgadores em um dissídio se afasta da vontade do legislador e, na pior das hipóteses, podemos dizer que os posicionamentos de todos os julgadores se afastam de tal vontade.

Assim, é possível verificar o quão distante de um sistema democrático representativo estamos e o quanto estamos inseridos em um sistema aristocrático, cujo destino de todos é decidido por alguns.

E, com base nestas noções, a seguinte fórmula pode ser cunhada: “Mais dissídio jurisprudencial” = “índice de distanciamento da vontade do legislador” = “fraqueza do sistema democrático representativo”.

Obviamente, vozes insurgirão dizendo que os fatos exigem uma constante modificação da interpretação das normas, as quais devem se adequar a eles, pois estes acontecem com velocidade muito maior do que o regramento feito pelo ordenamento jurídico.

Também dirão que os avanços científicos sempre trazem a necessidade de novos regramentos. A questão das pesquisas com células-tronco é um exemplo. No mesmo sentido, a “mulher honesta” que permaneceu no Código Penal Brasileiro até pouco tempo é outro exemplo de que as estruturas jurídicas precisam de constante e, muitas vezes, rápidas adequações. As agências reguladoras também são expressão deste fenômeno.

No entanto, o que está em questão não é se a modificação de uma norma positiva demanda de maior agilidade ou se tal mudança só seria possível via interpretação judiciária (o mandado de injunção poderia suficientemente embasar esta argumentação a partir da demonstração de omissões do legislativo em suas funções institucionais).

O que está em questão é se o juiz, servidor do povo (concurado), possui o direito de extrapolar os limites antes estabelecidos por este povo, que é o autor das normas. Uma coisa é a vontade popular prevalecer na condução da Justiça (e justiça) de um Estado, outra, é a prevalência da vontade daqueles que servem o povo (e que não o representam). Em outras palavras, não é possível conceber racionalmente, dentro do sistema implantado pelo legislador originário (democracia representativa), a possibilidade, pautada em uma necessidade de atualização, de poucos decidirem o futuro de muitos, frise-se, sem a observância da vontade destes muitos.

Neste sentido, o juiz, de acordo com um sistema democrático representativo, deveria possuir um limite interpretativo, o qual, por sua vez, deveria estar adstrito o máximo possível à vontade do povo-legislador. Se o juiz ultrapassa o limite interpretativo expresso na exposição de motivos da norma positiva, ele ultrapassa os limites que lhes foram outorgados pelo legislador originário, passando a ser a única fonte de autoridade da decisão que prolata.

Quando os dissídios jurisprudenciais tornam-se constantes, têm-se indício não apenas de oxigenação sobre a questão objeto do dissídio, e o debate é inerente a qualquer desenvolvimento, mas, também, tem-se indício, a partir dos dissídios jurisprudenciais, de um afastamento dos reais desígnios do legislador, que já não são mais claros o suficiente para darem conta dos fatos sociais.

Assim, com base no método de análise aristotélico, podemos dizer, seguramente, que a interpretação das normas pelos magistrados tem impacto direto na estrutura política de um Estado e que, conseqüentemente, a democracia representativa possui uma deficiência estrutural (ou seja, uma deficiência insanável), pois a vontade do legislador, como demonstrado, muitas vezes não prevalecerá. RDC. 18.05.2008.

---

§

→ [Índice](#): p. 7

## X

# NOTAS INTRODUTÓRIAS AO PENSAMENTO POLÍTICO DE ARISTÓTELES: O REGIME DE INCLUSÃO DE RICOS E POBRES

---

**SUMÁRIO:** 1. O ser se diz de vários modos; 2. As causas da comunidade política; 3. O melhor Regime de Governo; 4. Bibliografia.

---

### 1. O ser se diz de vários modos

De acordo com a teoria do conhecimento aristotélica, o ser possui quatro princípios ou causas: a material, a formal, a motriz e a final. Tais causas podem ser separadas apenas em pensamento, pois um ser requer todas para se constituir. Assim, se tomarmos substância como substrato, ela é matéria. Mas se a substância é “*aquilo de que todo resto se predica*”<sup>46</sup>, ao retirar os predicados, por exemplo, de comprimento e largura, que são quantidades, resta o algo substancial como indeterminado. Aristóteles define matéria como “*aquilo que, por si, não é nem algo determinado, nem uma quantidade nem qualquer outra das determinações do ser*”<sup>47</sup>. Neste sentido, se a substância é reduzida à matéria, está-se dizendo que a substância é algo indeterminado. E isto é incompatível com o conceito de substância, visto que, se esta contém a possibilidade de sua separação do predicado, ela, necessariamente, precisa ser determinada. Só posso separar o que consigo distinguir. Como, então, resolver este problema? Atribuindo algo que determine a matéria. Este algo é a forma. É esta que define o que o ser é.

---

46- ARISTÓTELES. *METAFÍSICA*. Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 293;

47 - *Idem supra*. p. 293;

Segue-se que a substância é necessariamente um composto de matéria e forma. Exemplificando: o bronze é a matéria, a feição desta matéria é a forma, e o composto de matéria e forma é a estátua.

No entanto, a forma só se manifesta ao ser por meio de um processo, de um movimento, o que implica na idéia de um motor (causa motriz) que, no exemplo retro, seria o escultor. E, além disso, ocorre que tal movimento tende a um fim, que já está embutido no ser desde o seu nascimento. A existência do ser é a existência para a realização de algo. O *“fim constitui um princípio e o devir ocorre em função do fim”*<sup>48</sup>. É assim que o ser se apresenta no mundo e por isto ele se diz de vários modos.

## **2. As causas da comunidade política**

Se tomarmos como objeto de estudo a comunidade política sob o olhar das quatro causas, poderemos dizer que a sua causa material são as famílias, cujo conjunto irá formar a aldeia, que, por sua vez, quando reunidas com seus pares, formará a pólis. A causa formal é a constituição desta cidade, ou seja, *“a ordenação das funções de governo nas cidades quanto à maneira de sua distribuição, e à definição do poder supremo nas mesmas e do objetivo de cada comunidade”*<sup>49</sup>. A causa motriz e a causa final são, respectivamente, o legislador e o bem supremo, que consiste na possibilidade do homem atingir sua plenitude. O homem só é acabado, no sentido pleno, na comunidade e pela comunidade. Daí nós sermos animais políticos. A vida social é um meio imprescindível para a realização plena do homem e de sua felicidade.

O objeto da ciência política é justamente o estudo da melhor forma da comunidade política. Mas antes de adentrarmos na discussão da melhor forma, faz-se imperioso que nos voltemos para a razão de existirem várias formas e

---

4 - ARISTÓTELES. *METAFÍSICA*. Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 421;

5 - ARISTÓTELES. *POLÍTICA*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. 1289 a;

para a noção de cidadania formulada por Aristóteles. Em relação ao primeiro ponto, é pontual a seguinte frase do filósofo: “*a razão da existência de várias formas de constituição é a presença em cada cidade de um número considerável de partes componentes da mesma*”<sup>50</sup>. Ou seja, a cidade é constituída por uma diversidade – comerciantes, agricultores, etc. Quanto ao segundo ponto, pode-se dizer que é cidadão aquele que participa do governo da cidade. “*Aquele que tem o direito de participar da função deliberativa ou da judicial é um cidadão da comunidade na qual ele tem este direito, e esta comunidade – uma cidade – é uma multidão de pessoas suficientemente numerosa para assegurar uma vida independente na mesma*”<sup>51</sup>.

Vários critérios existem para se definir se uma pessoa é cidadã ou não, sendo que cada um destes conduz para determinados tipos de regimes. Assim, em linhas gerais, se considerarmos cidadãos apenas os mais sábios, ou o mais sábio, estaremos sendo conduzidos para um regime monárquico. Se considerarmos os livres teremos um regime constitucional (*politéia*) e se considerarmos os melhores (*aristói*), caminharemos para uma aristocracia. Cumpre, então, especificarmos as características de cada um destes regimes, que são os regimes considerados puros, não degradados, bem como, cumpre-nos especificarmos as formas impuras de tais regimes.

### **3. O melhor Regime de Governo**

Parece que Aristóteles se vale de dois critérios para a definição da forma de uma comunidade política, o numérico, no qual se volta para o número de indivíduos que governam, e o critério que pode ser chamado de moral e diz respeito ao interesse pelo qual o governante se orienta, que pode ser pessoal ou geral. Tais critérios podem ser apreendidos quando pensamos nas questões: “Quem governa?” e “Para quem se governa?”.

---

6 - *Idem supra*. 1290 a;

7 - *Idem supra*. 1276 a;

Assim sendo, a forma pura da monarquia é o governo de um (critério numérico) voltado para o interesse geral (critério moral). E a sua forma degradada é a tirania, em que o governante está preocupado com os próprios interesses. A Aristocracia é o governo de poucos, os melhores (*aristói*), no interesse geral e possui como degradação a Oligarquia, governo de poucos no próprio interesse ou no interesse de grupos. Esta forma impura pode apresentar-se sob várias espécies, sendo que tais espécies se sustentam na força do dinheiro e na hereditariedade. Já a terceira forma de governo, a *Politéia*, concretiza-se no governo de muitos no interesse geral e pode se degradar tanto na Democracia, que é o governo de muitos no interesse próprio, quanto na Demagogia, que é o governo de todos em que predominam as paixões e a desordem.

Nas palavras de Aristóteles: *“Costumamos chamar de reino uma monarquia cujo objetivo é o bem comum; o governo de mais de um a pessoa, mas somente poucas, chamamos de aristocracia, porque governam os melhores homens ou porque estes governam com vistas ao que é melhor para a cidade e seus habitantes; e quando a maioria governa a cidade com vistas ao bem comum, aplica-se ao governo o nome genérico de todas as suas formas, ou seja, governo constitucional...os desvios das constituições mencionadas são a tirania, correspondendo à monarquia, a oligarquia à aristocracia, e a democracia ao governo constitucional; de fato, a tirania é a monarquia governando no interesse do monarca, a oligarquia é o governo no interesse dos ricos, e a democracia é o governo no interesse dos pobres, e nenhuma destas formas governa para o bem de toda a comunidade”*<sup>52</sup>.

Qual, então, é a melhor forma, dentre as puras, de constituição da comunidade política, ou seja, qual é a melhor ordem (*taxis*) das diversas magistraturas dentro da cidade? Considerando que as diversas classes que compõem a comunidade (comerciantes, agricultores, etc) podem ser reduzidas

---

8 - ARISTÓTELES. *POLÍTICA*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. 1279 b;

a ricos e pobres, o melhor governo é aquele que inclui as pretensões destas duas esferas da sociedade. Ou seja, é o governo em que todos, de certa forma, participam. Os pobres tendo a proteção de sua liberdade e os ricos tendo a satisfação do poder em nome da riqueza. Cumpre observar que estas pulsões só coexistem quando limitadas de modo subordinado a um bem comum. “*Modera-se...a riqueza de uns e limita-se a independência dos outros para que a pólis possa existir e cada um viver, segundo seus interesses, o melhor possível*”<sup>53</sup>.

Pode-se dizer que esta ordem é um reflexo do ideal de unidade do mundo grego. Dai o melhor regime ser aquele que é “misto”, o qual, consoante Aristóteles, é denominado de *Politéia*, pois, conforme ensina o Professor Sérgio Cardoso, “*este regime, segundo o filósofo, entende realizar um equilíbrio, um “justo meio”, entre os dois partidos opostos a que pode ser reduzida a cidade, de modo a garantir sua influência ativa nas decisões do governo*”<sup>54</sup>. RDC, 2006.

#### 4. Bibliografia

- **ARISTÓTELES. METAFÍSICA.** Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Edições Loyola, 2002;
- **ARISTÓTELES. POLÍTICA.** Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- **CARDOSO, Sérgio. PENSAR A REPÚBLICA.** Organizador: Newton Bignotto. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

---

#### §

→ [Índice](#): p. 7

---

9 – CARDOSO, Sérgio. *PENSAR A REPÚBLICA*. Organizador: Newton Bignotto. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 40;

10 – *Idem supra*. p. 37;

# XI

## NOTAS INTODUTÓRIAS AO PENSAMENTO POLÍTICO DE PLATÃO: O “BEM FALAR” DO REI FILÓSOFO *VERSUS* O “FALAR BEM” DA DEMOCRACIA (OU DO MELHOR REGIME POLÍTICO EM FACE DA EPISTEMOLOGIA PLATÔNICA).

---

**SUMÁRIO:** 1. A palavra; 2. O discurso e a teoria das Formas; 3. Democracia e discursos ilusórios; 4. Sobre as técnicas; 5. A Política como técnica; 6. O Rei Filósofo; 7. Bibliografia.

---

### 1. A Palavra

O campo da Política pode ser definido como o embate entre a força do conflito e a busca da união. A constante tensão gerada entre estes opostos é o que impulsiona a evolução dos homens na comunidade política, sendo a palavra o motor utilizado para equalizar os conflitos e dirigir as pessoas para um determinado fim. É ela que permite a racionalização que conterà os impulsos, reprimindo os extremos. Assim, faz-se necessário uma breve alusão em relação ao discurso, afinal, na Grécia antiga, como hoje, o poder da palavra é aquilo que direciona o poder do coletivo para um ou outro caminho na realização do bem comum, ou seja, é com palavras que se faz política.

Se a respeito da mesma coisa se pode dizer algo e o contrário deste algo, então, as palavras não correspondem ao ser. O *logos* não está ligado ao ser. Há uma cisão entre o que digo e o objeto sobre o qual falo. Isto significa que a linguagem pode ser um mero instrumento de persuasão para se atingir

esta ou aquela finalidade, não havendo mais importância da correspondência dela com a verdade, o belo, o justo. Isto também significa que há a possibilidade de se incorrer em erro, produzindo um falso saber. São os discursos da aparência, que não atingem a essência das coisas e possuem um grande perigo para a comunidade: pode-se, por meio de tais discursos, por exemplo, convencer os outros que algo injusto seja justo.

## 2. O discurso e a Teoria das Formas

Superar a cisão retro referida, propiciando a possibilidade de se chegar a verdade, é o objetivo que será perseguido por Sócrates e seus discípulos, como Platão. Este, para dar conta de tal empreitada, irá arquitetar, recebendo influências de seu mestre e de Heráclito, uma filosofia pautada no dualismo ontológico, que separa o mundo das idéias do mundo das aparências, sendo estas cópias daquelas. A forma (mundo das idéias), por refletir um caráter de universalidade que se opõe ao fluxo heraclitiano que permeia o mundo dos seres sensíveis, é o sentido mais rigoroso da idéia de ser. Ou, em outras palavras, aquilo que é o mesmo estando na multiplicidade das coisas é o ser.

Neste sentido, podemos dizer que “bem falar” reflete o discurso sobre o ser, sobre a forma, e que “falar bem” diz respeito apenas a cópia, a aparência, e, portanto, aquilo que é passível de mudança. A epistemologia platônica engendra o estudo da Política tecido por este filósofo. Por isso, Christophe Rogue irá dizer que *“a crítica platônica dos discursos sofistas é caracterizá-los como discurso de aparência, isto é, como discurso renunciado de partida a reaplicação do logos sobre o ser ao qual a filosofia se dedica. Assim, o sofista é acusado de fabricar imagens de discurso. Ele fala e produz belos discursos, lisonjeiros, que agradam ao ouvido. Mas esses discursos não dizem nada, pois não atingem o ser”*<sup>55</sup>.

---

1 - ROGUE, Christophe. *Compreender Platão*. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 27.

### 3. Democracia e discursos ilusórios

Fica claro, assim, que os sofistas, pelo emprego que fazem das palavras, devem ser combatidos, pois representam grande perigo para a *pólis* a partir do momento que possibilitam a qualquer um o poder de se pronunciar de maneira legítima na Assembléia acerca das matérias não especializadas. Ou seja, a partir do momento em que se estabelece que os especialistas referem-se apenas aos meios e os cidadãos, independente de serem especialistas ou não, referem-se aos fins. Esta é a idéia do regime democrático em que todos possuem o poder à palavra para decidir o que é melhor para a cidade enquanto este melhor se mostra como um fim.

Platão irá criticar, em face da sua epistemologia que fundamenta a noção do aviltamento das palavras feita pelos discursos ilusórios dos retóricos e sofistas, este regime que possibilita a todos o uso da palavra para decidir o futuro da comunidade política. Note-se que a questão epistemológica é o cerne que constrói a filosofia política platônica. Vejamos, então, a razão pela qual o regime político democrático não se mostra como o melhor e qual regime tem que possuir esta adjetivação.

### 4. Sobre as técnicas

As ações do técnico são eficientes, pois estão voltadas a um objeto determinado, específico. A palavra-chave é especialização. Mas, antes de tudo, a ação do técnico é aquela pautada no conhecimento da idéia do objeto a ser produzido, da forma deste objeto, e não se constitui no exame do sensível, daquilo que está em constante transformação, enfim, da experiência. Assim, a técnica se aproxima da noção de *episteme* e se afasta da noção de *doxa* (opinião). Além disso, a técnica é moralmente neutra. O pensamento de Rogue mais uma vez é preciso: “*Se a technê é verdadeiramente um saber, ao ponto de fornecer à pesquisa filosófica o exemplo mesmo daquilo que é a competência, ela não é um saber absoluto, mas, ao contrário, um saber*

*limitado a um domínio determinado do ser. Em particular, como simples competência, ela pode ser caracterizada como potência, isto é, faculdade indistinta de fazer um coisa ou seu contrário ou, dito de modo diferente, de fazer o bem ou o mal. Assim, por exemplo, o médico possui um saber que lhe permite tanto matar como curar: em si mesmo, o saber médico não indica absolutamente se é conveniente ou não curar o doente; oferece simplesmente a potência”<sup>56</sup>.*

## **5. A Política como técnica**

No entanto, existem várias técnicas, visto que a cidade se constitui, segundo Platão, pela divisão do trabalho. Apenas a cooperação permite satisfazer as carências que o indivíduo sozinho não pode suprir, portanto, ela é uma necessidade. Esta multiplicidade de técnicas, por sua vez, precisa ser regulada, sendo tal ordenação feita pela técnica da política. Esta é quem faz a hierarquização das demais, alinhando-as para a realização do bem comum, que é ao mesmo tempo produto e finalidade da política, ao contrário das outras em que o bem produzido é utilizado como instrumento para uma técnica superior. Note-se que toda e qualquer técnica é regulada por uma finalidade e que a da política é o bem comum, ou seja, o fim último.

E a técnica da política é necessária, pois se só na sociedade as técnicas se complementam mutuamente pela troca, que é o meio pelo qual o homem pode desfrutar de todas as possíveis, ao regular todas as técnicas, a política se mostra inerente a sociedade e a realização do bem estar do homem. Sem ela não existiria equidade nas trocas, já que os limites entre uma técnica e outra não estariam delimitados.

O “bem falar”, portanto, é o do técnico e se opõe ao “falar bem”. Se a política é uma técnica, ela deve estar adstrita apenas aquele que conhece o

---

2 - ROGUE, Christophe. *Compreender Platão*. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 25.

objeto sobre o qual discursa (no sentido epistemológico da palavra, que comporta, assim, a apreensão da forma). A política é uma ciência, mais precisamente, a ciência do bem. Aquele que a exerce precisa ser competente, palavra esta que deve ser entendida tanto no sentido comum quanto no jurídico, ou seja, tanto quanto capacidade como circunspeção a uma determinada jurisdição. Assim, o melhor regime não é o democrático, que está permeado pelos belos discursos, mas sim aquele em que o rei filósofo governa, portanto, aquele regime em que antes de se “falar bem”, “bem se fala”.

## 6. O Rei Filósofo

No Livro IV da *República* Platão irá descrever a cidade ideal, cuja constituição deve possuir quatro virtudes: sabedoria, coragem, temperança e justiça. Tais virtudes refletem o modo de divisão das classes sociais dentro da comunidade política, sendo a justiça o respeito a esta divisão. Ela está assentada no princípio de que cada um há de se ocupar na cidade apenas de uma tarefa, aquela para a qual é mais bem dotado por natureza. Assim, o povo deve possuir temperança, para saber quem é que deve comandar a *polis*. Já os guardas devem possuir, além da temperança, a coragem, a salvaguarda da opinião legítima acerca das coisas que se devem ou não temer. E os chefes, ou o chefe, há de possuir, somada a estas duas virtudes, a sabedoria. A sapiência proporciona prudência nas deliberações, sendo que esta é uma espécie de ciência.

Por fim, para elucidar a idéia do melhor regime como sendo o aristocrático (quando governado por alguns) / monárquico (quando governado por um – o filósofo rei), assim como para elucidar a idéia da política como técnica que se opõe aos discursos da ilusão, é imperioso atentarmos para o diálogo entre as personagens Sócrates e Glauco sobre a cidade ideal:

Sócrates – *“Há, porventura, na cidade que acabamos de fundar, uma ciência que reside em certos cidadãos, pela qual essa cidade delibera não sobre uma das partes que a compõem, mas sobre o seu próprio conjunto, para conhecer a melhor maneira de se comportar em relação a si mesma e às outras cidades?”*

Glauco – *“Sem dúvida que há.”*

Sócrates – *“Qual é a ciência? E em que cidadãos se encontra?”*

Glauco – *“É a que tem por objeto a conservação do Estado e encontra-se nos magistrados a que há pouco chamávamos de guardiões perfeitos.”*

Sócrates – *“E, em virtude dessa ciência, como consideras a cidade?”*

Glauco – *“Considero-a prudente nas suas deliberações e verdadeiramente sábia.”*

Sócrates – *“Mas quais são os que, na tua opinião, se encontram em maior número na cidade: os ferreiros ou os verdadeiros guardiões?”*

Glauco – *“Os ferreiros.”*

Sócrates – *“Logo, de todos os organismo que tiram o nome da profissão que exercem, o dos magistrados será o menos numeroso?”*

Glauco – *“Sim.”*

Sócrates – *“Por isso, é na classe menos numerosa e na ciência que nela reside, é naqueles que estão à cabeça e governam que toda a cidade, fundada segundo a natureza, deve ser sábia; e os homens desta raça são naturalmente muito raros e a eles compete participar na ciência que, única entre as ciências, merece o nome de sabedoria.”<sup>57</sup> RDC, 2006.*

## **7. Bibliografia**

- **PLATÃO.** *A República.* Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Best Seller, 2002;

---

3 - PLATÃO. *A República.* Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Best Seller, 2002. p. 144.

- **ROGUE, Christophe.** *Compreender Platão.* Tradução de Jaime A. Clasen.  
Petrópolis: Vozes, 2005.

---

§

→ [Índice](#): p. 7

## XII

### **ENSAIO ACERCA DOS FUNDAMENTOS DA DEFESA DO INFRATOR DA NORMA PENAL**

A questão mais controversa sobre a advocacia criminal, tecida por leigos e profissionais de outras áreas do saber jurídico, diz respeito à presença ou não de fundamentos éticos na defesa, por exemplo, de um marginal que roubou, estuprou e matou uma mãe jovem e trabalhadora. Que justificativa haveria para a defesa desta pessoa que o senso comum define como monstro?

O tecnicismo jurídico responderia que o agente criminoso deve ser defendido em função do princípio do devido processo legal, garantidor do contraditório e da ampla defesa. Tal resposta não está errada, mas é incompleta e não satisfaz aquele que a ouve a ponto de obter o seu assentimento racional. Nela, não há explicação dos fatores sociológicos, das ciências psi, filosóficos e econômicos que engendram a necessidade da defesa do infrator e nem da fonte do princípio aludido. Passemos, então, a buscar tais fatores e tal fonte a fim de se construir uma resposta consistente.

Se atentarmos para a raiz da palavra marginal, verificaremos que o seu significado é “a margem de”. A margem, ao lado, fora, não apenas da lei, interpretação que implicaria em outro reducionismo técnico-jurídico, mas, também, de uma condição humana de vida considerada como digna pela coletividade. Condição esta formada por diversos aspectos que variam desde a saúde financeira até a psicológica.

Acrescentando a esta linha de pensamento que o processo de individuação do sujeito durante a sua existência está atrelado a caracteres

endógenos, ou biológicos, e exógenos, ou ambientais, e que estes últimos possuem peso determinante para a definição da personalidade, lógico se faz concluir que um meio violento tende a tornar uma pessoa violenta, por mais que a sua constituição fisiológica não seja propensa à agressividade. Assim, a falta, por exemplo, de uma estrutura familiar mínima e/ou um alto índice de pobreza, contribuem quase que decisivamente na constituição do caráter criminoso.

Um roubo, de modo geral, é praticado por uma pessoa que advém de um meio socialmente doente, com alto índice de criminalidade e baixas condições de vida. Um estuprador possui grande probabilidade de ter sofrido na infância abusos sexuais por integrantes de sua própria família. A grande maioria dos crimes está relacionada a deficiências estruturais das mais diversas que a própria coletividade gerou e mantém. Ou seja, quase a totalidade dos infratores estão à margem da condição digna de vida e são doentes sociais.

Uma possível objeção a este raciocínio consubstancia-se na tese de que sempre haverá o livre arbítrio para aquele que pode sofrer responsabilização criminal em face de seu estado psíquico não patológico no momento da ação delituosa. Não importa se a pessoa não teve condições de ir à escola, alimentar-se adequadamente ou que possui um histórico de violência familiar, ela tem que sofrer as conseqüências penais de suas atitudes.

Parece-me que tal pensamento deve ser relativizado. As faculdades de julgar e de agir do homem não são construídas de maneira instantânea em um presente, mas resultam de um processo lento que só é vislumbrado quando olhamos para o passado do indivíduo. Assim, aquele que teve sua personalidade moldada à base de sofrimento está condicionado a ter determinadas reações aos estímulos que recebe. Este condicionamento acarreta não em uma liberdade de escolha de ação, o que, genericamente, caracteriza o livre arbítrio, mas sim na própria impossibilidade, pelo

desconhecimento do diverso, de se tomar esta ou aquela atitude. As predeterminações inconscientes enraizadas na pessoa que vive em um meio marginal constroem modelos muito restritos de respostas, que possuem como base a agressividade, para os estímulos da vida social, principalmente para aqueles estímulos que são causa de frustração. O outro é visto pelo marginal como uma constante ameaça, como uma potencial fonte agressora.

É provável que um jovem, que desde a tenra infância sempre apanhou, não conheça a possibilidade de escolha entre o diálogo e a agressão física. Portanto, muitas vezes, o delinqüente não possui o livre arbítrio por falta de opção, pois só há um único caminho e não dois ou mais. Conseqüentemente, ele não é livre, mas está preso em apenas uma via que já é pré estabelecida pelas falências sociais. Em razão disso, faz-se necessário lhe proporcionar a educação, que as condições precárias do local em que esteve o impossibilitaram de receber, para que possa saber que existe o caminho do respeito e que o outro não necessariamente irá agredi-lo.

Os estudiosos da ciência criminal defendem o aspecto reeducativo da pena, ou seja, o aspecto que permite ao indivíduo voltar a viver em comunidade. Educação é a porta de entrada para o convívio coletivo, tendo como peculiaridade a idéia de modelação, de esculpimento do que é torto, seja ela uma educação do tipo repressora ou liberal, seja ela do tipo que busca o afastamento ou aproximação da simplicidade natural. Reeducação, portanto, significa tornar novamente reto aquilo que já o foi, mas encontra-se torto. O termo não é muito preciso, visto que a grande maioria dos infratores da norma penal nem sequer foram retos algum dia, ou seja, nunca foram educados.

Neste sentido, a punição não deve ser encarada como algo que provoque sofrimento. Ela deve ser encarada como algo que provoque esclarecimento. O sentimento de dor por uma privação muito forte, quando analisado sob o prisma das ciências psi, pode produzir resultados diametralmente opostos. É possível que ao experienciar a dor provocada pela

restrição em sua liberdade, por exemplo, de locomoção, o infrator faça de tudo para que tal situação não se repita em seu futuro, abrindo-se para o aprendizado. É possível que ao sentir esta dor, ao invés do sujeito criar mecanismos de freio para seus impulsos, ele crie um sentimento de revolta ainda maior pela piora de sua condição no mundo. Logo, pela possibilidade deste último resultado, o sofrimento do claustro deve ser evitado sempre que possível, sob pena de uma provável piora do estado psico-social do recluso.

A pena privativa de liberdade, a mais forte das espécies de pena, aplicada nos moldes da maioria dos estabelecimentos penais, mostra-se como um contra senso ao aspecto reeducativo. Ora, se uma pessoa é retirada do convívio coletivo e colocada em um ambiente onde não há relações sociais normais, e sim o isolamento destas, ela não irá se regenerar, mas, pelo contrário, poderá ter sua marginalidade social agravada e enrijecida. Como já mencionado, o fator ambiental é decisivo na educação de um sujeito. O exemplo também o é. Se o exemplo que é dado é o da não liberdade, a pessoa só irá aprender o que é liberdade por um raciocínio de negação dialética. Só que a negação que determina o conceito positivo neste caso determina um sentimento negativo. Como o homem é composto de sentimento e razão, e o equilíbrio nas atitudes se encontra na sincronização destas esferas, o preso continuará a ser desequilibrado, já que sabe racionalmente o que é liberdade, mas não pode senti-la. Além disso, quando a pessoa voltar a ser livre encontrará dificuldade em retornar para o corpo social não só pelas seqüelas mentais e muitas vezes físicas, mas, também, pelo preconceito que terá de enfrentar para conseguir um trabalho, que é uma das próprias condições de vida digna. Sem este, cria-se uma dificuldade em se estabelecer trocas e, logo, de relacionar-se na sociedade.

Privar alguém de sua liberdade mais básica e natural, que é a locomoção, é o mesmo que retirar a sua condição de ser humano, considerando-o como coisa, assim como os escravos o foram. Se o corpo é aquilo que nos permite experienciar o mundo e, portanto, construir a maneira

de ser de cada um, quando reduzimos sua capacidade de absorção de fatos novos, reduzimos a capacidade da pessoa de lidar com a diferença e, conseqüentemente, com as dificuldades que a vida apresenta. Assim, após um estado passivo, vegetativo, que é o que a prisão causa no indivíduo, o mesmo, ao ter sua auto-estima reduzida, por ser tratado como coisa, e sua potência de aprender também reduzida, em função da falta de experiências novas por vários anos, terá mais dificuldade do que antes de viver em sociedade.

Economicamente, um estabelecimento prisional, como é estruturado na atualidade, demonstra-se desvantajoso pelo alto custo de sua manutenção e pouco benefício que a sociedade recebe, já que raramente há uma recuperação do sujeito. Existe uma falsa idéia instalada no consciente de muitos cidadãos de que o rigor e o afastamento do delinqüente provoque um aumento na segurança pública. Na verdade, tal pensamento está pautado na hipocrisia de parte do coletivo que ao querer afastar um problema ao invés de resolvê-lo, justifica o claustro com uma visão educacional que mostra a repressão como meio de esclarecimento. Talvez, mais sincero seria queimar as conquistas dos direitos humanos e declarar um estado de sociedade civil mecanicista e utilitarista aos moldes do nazismo. Pelo menos assim, a realidade do mundo físico teria correspondência com o mundo cultural. Seguem-se daí duas conseqüências: i.) ao cessar a força que represa a instabilidade do infrator, esta virá a tona novamente; ii.) a violência utilizada para reprimir alimentará e aumentará a violência reprimida.

É importante frisar que não se está renegando a possibilidade de se retirar do seio social indivíduos com alta periculosidade para o coletivo. Situações há, em que a emergência é tamanha, que a reclusão temporária se justifica. O que se quer explicitar é que tal mecanismo de defesa social é tão monstruoso da maneira como é realizado na maioria dos presídios, a ponto de coisificar o sujeito, que ele se mostra como a pior alternativa para tentar a reeducação de alguém. O que se quer explicitar é que o delinqüente é uma vítima da falência de inúmeras estruturas sociais, que o delinqüente é um

doente social que tem como causa de sua patologia a sua marginalização e, muitas vezes, a própria negação de sua condição humana. Desta forma, ele tem o direito de ser tratado e a sociedade o dever de tratá-lo. E isso, não apenas por um adágio humanitário, mas, também, por um utilitarismo que evita a piora de uma pessoa que retornará ao convívio coletivo.

Existem formas mais brandas de privação como as penas restritivas de direito e mecanismos que contornam a via do cárcere como a suspensão condicional da pena e a liberdade condicional. São por estas formas e mecanismos que o advogado criminal deve lutar. Luta que tem como objetivo: i.) afastar a idéia retrógrada da repressão como expressão de segurança; ii.) fazer com que o aspecto reeducador da pena passe a ter efetividade no mundo concreto assegurando o tratamento destes doentes sociais.

Após estabelecer as fundamenções relativas à sociologia, as ciências psi, a filosofia e a economia sobre a necessidade de defesa do infrator da norma penal, passemos a analisar a questão sob um prisma jurídico.

Há várias hipóteses para a formação da sociedade civil e do direito de punir. Umam tomam como premissa que a natureza do homem é boa. Outras, que é má. Tomemos a premissa avalorativa de que o homem age por instintos e pela sua necessidade de sobrevivência (posição esta que se for vista por olhos cristãos, torna a natureza humana má). Assim, a junção de nossos semelhantes em comunidade, hipoteticamente, deu-se como forma de assegurar a sua sobrevivência de maneira mais eficaz. Juntos, há a possibilidade de especialização e conseqüente aumento de eficácia na produção de meios de subsistência e de proteção contra outros grupos humanos e as intempéries da natureza. Ademais, alguns ainda dizem que existe uma afeição social que se encontra no seio da natureza humana e que até pode ser encarada como um mecanismo de adaptação evolucionista, o qual a própria espécie gerou para sua tentativa de perpetuação.

Para a união social, porém, faz-se necessário que exista uma convenção na qual cada indivíduo doe uma parte de sua liberdade no sentido de que ele terá que respeitar regras de conduta, não podendo mais agir da maneira que quiser. Ao quebrar estas regras ele atenta contra todos os integrantes do grupo ao mesmo tempo, ou seja, a coletividade. Em princípio, cada um, então, passa a ter o direito de puni-lo, pois, de maneira indireta, foi prejudicado. Prejudicado porque para se ter determinadas condutas sociais, várias vezes repressoras de tensões internas naturais, gasta-se energia (no sentido de mediação que o ego faz entre o id e o superego). Se um indivíduo gasta esta energia para atingir finalidades comuns, é plausível que se sinta prejudicado quando outro indivíduo não gasta esta energia e usufrui, hipoteticamente, dos mesmos benefícios que o alcance dos objetivos coletivos proporciona. Só que, primeiro, os benefícios de uma finalidade comum não são por todos usufruídos e, segundo, pelas paixões humanas, alguém que recebe uma agressão sempre irá retribuí-la de modo desproporcionado, fato este que condena a “justiça com as próprias mãos”.

Não obstante, o todo, ou Estado, como ente racional que é, consegue estabelecer, ao menos em princípio, uma proporção entre a ação negativa prejudicial ao coletivo e a reação necessária para anular o seu efeito. Note-se que tal reação não deve se concretizar com outra violência, mas com a educação. Exemplificando, o pai de uma criança que foi morta a facadas, provavelmente, irá querer ver o assassino de seu filho morto, o que é natural, e o pai do assassino, provavelmente, não irá querer ver seu filho morto, o que também é natural. Como o Estado não está na relação agente-vítima de modo próximo no aspecto dos sentimentos, ele está mais apto para anular o efeito negativo do homicídio no corpo social.

É com base nestes pensamentos que podemos dizer que o direito de punir nasce da necessidade de preservação do todo, pois a preservação deste é a melhor maneira de cada ser se preservar individualmente, e dizer que sua legitimidade encontra-se no coletivo e não no singular.

O Estado, então, divide-se em duas partes, a que defende a sociedade (ou acusação) e a que julga o particular. Geometricamente, acima se posiciona o juiz ou júri, conforme o caso e, abaixo, de um lado o promotor e, de outro, estabelece-se a defesa do acusado como infrator da norma penal. Nesta relação triangular a premissa, que é inerente a todos os lados, consubstancia-se no fato de que seus representantes possuem uma capacidade de julgar que é relativa à personalidade e aos interesses de cada um, que são frutos de experiências individuais passadas e presentes no mundo. Assim, por mais que ambos os pólos diametralmente opostos busquem o justo na aplicação da pena, este justo será, antes de tudo, uma visão particular dos fatos, da realidade. Pode ser que estas visões se tornem correspondentes. Na grande maioria das vezes não é isto que acontece, e cada pólo tentará fazer prevalecer aquilo que considera como sendo o justo.

A justiça é algo que na história do homem já foi pensada como sendo pertencente a uma esfera ideal, estando presente em qualquer lugar do globo da mesma forma, como também já foi pensada como sendo algo pertencente ao contingente, sendo diferente conforme os costumes criados em determinada região. Fiquemos com uma espécie de síntese entre estas duas correntes. A justiça é algo ideal no sentido de que deve ser buscado o menor sofrimento possível para o ser. E ela é contingente no sentido que, por cada indivíduo ser um estranho ímpar, cada um possui um tipo de sofrimento. O que se faz como justo para um não se faz para o outro.

A dialética inerente ao processo possui como função a constante verificação do que é o mais justo para o caso em análise de acordo com a máxima individuação que pode ser feita do sofrimento do acusado. Ao serem confrontados dois olhares diferentes sobre o mesmo objeto de análise, faz-se possível conhecê-lo melhor e aproximar-se daquilo que ele realmente é. Este é o porque lógico-formal do princípio do devido processo legal, garantidor da ampla defesa e do contraditório. Um outro porque, pautado na natureza

humana, é que o homem tem como característica essencial a imperfeição, e, portanto, que ele é passível de erro. Neste sentido, a necessidade de se colocar um contra ponto a uma visão funciona como um verificador da posição que está mais próxima da verdade. Ademais, pode-se dizer que ele é “devido” em razão de sua necessidade e que é “legal” em razão de sua positivação que o esculpi literalmente em uma lei.

Por fim, após ter-se percorrido algumas razões que servem de fundamento para a defesa daquele que esteve e está a margem da sociedade e acreditando que foi construída uma resposta consistente à perquirição feita, resta apenas, e tão somente, a esperança de que o desejo do famoso escritor se realize um dia no espírito daqueles que julgam o infrator da norma penal: *“Desejo ... que seja tolerante, não com os que erram pouco, porque isso é fácil, mas com os que erram muito e irremediavelmente, que fazendo bom uso dessa tolerância, você sirva de exemplo aos outros.”* São Paulo, dezembro de 2005.

---

§

→ [Índice](#): p. 7

## XIII

### **CIÊNCIA E PROGRESSO: NOTAS A PARTIR DO TEXTO DE PIERRE AUGER DENOMINADO “OS MÉTODOS E LIMITES DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO”**

Pensar no progresso da ciência, nos conduz, necessariamente, a pensar em evolução. Desta forma, para explicar as idéias científicas, pode-se, por analogia, examinar os princípios que prescindiram a evolução dos seres organizados, a saber, multiplicação, manutenção e variação.

O primeiro princípio supra mencionado, sempre correlacionado com os demais, remete a idéia de uma reprodução que, ao possuir mutações, atribui um caráter dinâmico na evolução. Porém, é preciso, para que um ser continue a existir, que ele se adapte ao meio em que está situado, tendo, portanto, que acompanhar a mutabilidade de seu ambiente.

Assim, há uma correspondência entre o patrimônio hereditário e o meio externo que molda o desenvolvimento do ser. Há neste processo uma mão de via dupla, uma relação simbiótica entre estrutura interna e os fenômenos da natureza que o envolvem. Desta explanação darwinista, podemos dizer que ocorre o mesmo com as idéias, ou melhor, que elas são um prolongamento da evolução dos seres vivos.

Mas para pensarmos na evolução da ciência, faz-se de extrema importância atentarmos especificamente para o dispositivo de seleção, ou seja, no caso da idéias, consiste em escolhas, em assentimentos ou rejeições que comprometem o futuro e permanência delas no conhecimento humano.

Se uma pessoa possui uma idéia genial mas não consegue transmiti-la, não existirá progresso, pois ela morrerá com seu criador. É justamente nesta possibilidade de passagem que se encontra a grandiosidade das idéias científicas que perduram além da simples materialidade.

Há três diferentes critérios de utilidade e satisfação de ordem mais sutil e harmoniosa que possibilitam esta transmissão. Aqueles, em seqüência argumentativa com maior grau de importância, relativos ao próprio indivíduo, relativos ao grupo e relativos a espécie inteira. O primeiro propicia uma adaptação da estrutura interna com as condições externas de forma direta. Já a segunda, o faz indiretamente, por meio de um conjunto de indivíduos cujas idéias constituem um patrimônio tradicional. O último, podemos dizer que é dotado apenas de objetividade. Ora, quando se relativiza a idéia de um grupo, ela pode subsistir neste e não em outro, assim como quando em um indivíduo. Estas são idéias morais.

Mas as idéias científicas comportam apenas existir objetivamente, pois há uma correspondência precisa entre estruturas internas e fatos externos. Se não há variabilidade genética em uma espécie de mosca, por exemplo, e um novo veneno é criado para combatê-las de acordo com a constituição genotípica delas, então toda a população será dizimada. O mesmo acontece com as idéias científicas, pois elas possuem valor universal e sensibilidade à prova do contrário. Neste sentido, pode-se dizer que por serem menos subjetivas do que as idéias míticas, estão mais sujeitas, se forem fracas, a não continuarem a existir. Esta sensibilidade nos remete a um mecanismo de combate, de contraposição argumentativa, como instrumento para se averiguar a consistência das idéias científicas.

Outro ponto interessante a ser notado, diz respeito à interligação das idéias. Na era primitiva do homem, existiram aqueles em que a técnica da caça se desenvolveu enquanto a da pesca não, e o contrário também. Com a evolução da raça humana em sua maneira de lidar com o meio em que vive,

passou a estudar, de maneira reflexiva, por meio da lógica e da matemática, a estrutura interna, de conhecimentos isolados como a caça e a pesca, e a notar, conseqüentemente, um chão mais firme para se caminhar do que as explicações causais das coisas e dos acontecimentos naturais dadas pelos mitos, religiões e afins. Em termos históricos, pode-se dizer que a concretização desta solidificação se deu com o Renascimento que propiciou o advento da era científica.

Com estas ligações, faz-se possível encontrar uma adequação às cadeias internas de idéias à estrutura de nosso pensamento constituindo um sistema interior satisfatório, que corresponde exatamente a encadeamentos de fenômenos observados externamente. Segue-se, então, que a ciência é possível e, a partir da comprovação de existência do mundo externo e correlação deste com o nosso espírito, há um monismo que une alma e matéria.

Acrescentar considerações sobre os limites do domínio da ciência também é de fundamental importância para se pensar o seu progresso. Hoje, sabe-se, por exemplo, que a Astrofísica nos mostra ser uma parte do universo inacessível para sempre ao conhecimento humano. Ao constatar o fenômeno da expansão do universo observando-se estrelas, pelo deslocamento do espectro de luz, revela-se que elas se afastam cada vez mais rápido de nós proporcionalmente à distância, ou seja, quanto mais distantes, mais rápido se afastam. Existe, então, uma distância em que não é possível comunicação alguma de mensagem luminosa. Tem-se a certeza da existência destas partes do universo e da inacessibilidade a elas.

Ademais, a ciência evolui em um ritmo cada vez mais rápido e mais intenso. A quantidade de descobertas, não se referindo a graus de importância, por exemplo, na área da ciência computacional nos últimos cinco anos é maior do que nos dez anos anteriores a estes cinco. Isso torna a ciência cada vez menos acessível, em sua totalidade, por um indivíduo, trazendo uma especialização que cega ao dificultar visões gerais. Cada vez mais é difícil

conseguir ver o sistema, a rede, de um ângulo não contingente a uma ou outra parte.

Porém, não se deve atentar apenas para o aspecto das idéias científicas com outras idéias científicas. Mas contrapô-las também a outras mencionadas, construindo, a partir de um mundo muitas vezes hostil, um ambiente de conforto que mostra a nosso espírito a beleza de seu próprio interior, reconhecendo a cada instante a projeção de nossa estrutura interna. No mesmo sentido, os ensinamentos da moral que nos ajudam a seguir um caminho, a tomar decisões, deve ser confrontado, não para se sobrepor, mas para se harmonizar com o conhecimento científico. Deve ser instaurada uma relação de cooperação e coexistência entre o saber moral e científico, dando àquele, por meio deste, um caráter informativo que ajuda a construir sabedoria e modos de vida melhores. Neste caso, sempre se deve procurar a causa dos valores, que em geral são idéias que envelheceram. Como não podemos encontrar as origens delas, atribuímos-lhes características transcendentais. É aí que está o erro e onde devemos fazer um exercício de restauração daquilo que nos propicia um imperativo moral.

Quando a religião mostra ser o uso de anticoncepcionais um mal, pois estaria se almejando só o prazer e impedindo que a vontade da procriação divina seja feita, entra em cena a ciência e, fundamentando-se no controle de natalidade e de doenças sexualmente transmissíveis, reformula o pensamento axiológico a respeito desta conduta. Assim, a evolução da ciência se dá apenas com a evolução interior do homem enquanto ser consciente de seu poder em alterar o meio em que está.

Ademais, a pesquisa científica deve ser pura de aspirações outras que não o próprio amor ao conhecimento e não ser movida em função de interesses econômicos. Quando a ambição invade o âmbito da ciência vemos, ao invés de um progresso material que possibilita trazer evolução espiritual, um retrocesso na condição humana. Então, pesquisa-se o cosmético ao invés

do remédio e a arma ao invés da melhoria e facilidade da interação entre os homens.

É verdade que muitas tecnologias foram adquiridas a partir da guerra, como a Internet e o microondas, mas nada impede que estas inovações tivessem surgido em um ambiente de paz, já que a demanda por ambas existe e é criada também na esfera civil. Devemos utilizar a ciência não para a guerra, mas para, por exemplo, informar, modificando valores, e manter a paz.

A luz da evolução das idéias científicas, dos limites e dos valores explanados, apreende-se que o progresso da ciência está intimamente ligado a evolução espiritual do homem, sendo esta sustentáculo para aquele. Consoante, a humanidade evolui quando o homem volta-se para si mesmo e pensa em descobrir, criar, construir não apenas para a sua condição enquanto indivíduo, mas para a condição humana enquanto espécie, que respeita a singularidade de cada ser, no presente e futuro. *RDC, 2006.*

### **Bibliografia:**

- **Problemas da física moderna**, debates, editora perspectiva / 5. **Os métodos e limites do conhecimento científico** – Pierre Auger.

---

§

→ [Índice](#): p. 7

## XIV

### **ARE WE RESPONSIBLE FOR THE OLD PEOPLE? (NÓS SOMOS RESPONSÁVEIS PELOS IDOSOS?)**

<p>When we are children, we don't have any kind of natural protection and, unlike the others animals, we need to stay with our parents for many years, what, into the contemporary society, is, basically, the necessary time until we can have money to live by ourselves.</p>	<p>Quando nós somos crianças, não possuímos nenhuma proteção natural e, diferentemente dos outros animais, nós precisamos ficar com nossos pais por muitos anos, o que, na sociedade contemporânea, é, basicamente, o tempo necessário até que nós tenhamos nosso dinheiro para viver por nós mesmos.</p>
<p>This fact shows us the necessity of the whole society take care of old people and, precisely, show the similarity between old people with the children.</p>	<p>Este primeiro fato nos mostra a necessidade de toda a sociedade tomar conta das pessoas velhas e, precisamente, nos mostra a similaridade entre pessoas velhas e crianças.</p>
<p>In the same way which we do not have conditions to be guided by our own understanding and physical conditions in the firsts ages, the old age takes away from us any intellectual and corporal capacity's</p>	<p>No mesmo sentido que nós não possuímos condições para nos guiarmos pelo nosso próprio entendimento e condições físicas nos primeiros anos de vida, a velhice arranca de nós qualquer espécie de</p>

<p>species that we have of be conduced by ourselves. By losing these capabilities we lose the independence into the contemporary society because, basically, we lose the production's capacity that is required by the market. Consequently, we lose our income.</p>	<p>capacidade intelectual e corporal que temos de ser conduzidos por nós mesmos. Pela perda destas capacidades nós perdemos a independência dentro da sociedade contemporânea porque, basicamente, perdemos a capacidade de produzir que é requerida pelo mercado. Conseqüentemente, perdemos nossa renda.</p>
<p>This is the mechanism that justifies the Social Security against old age and that shows us the importance which the material conditions has, not just for the development of our natural mental and corporal potentialities, but, also, has for minimize the losses of these potentialities into old age.</p>	<p>Este é o mecanismo que justifica a Previdência Social para a velhice e que mostra para nós a importância que as condições materiais possuem, não apenas para o desenvolvimento de nossas potencialidades mentais e corporais naturais, mas, também, para minimizar as perdas destas potencialidades na velhice.</p>
<p>By an ethical point of view, it is possible to say that the maximum "doing to others, as we would be done to us", a conduct's prescription existing in all the religions and defended by some philosophers (as Hobbes into Leviathan, Part II, Chapter XVII*), underwrite the responsible that the society need has for the old people. A good example of</p>	<p>Por um ponto de vista ético, é possível dizer que a máxima "fazer aos outros, aquilo que nós queremos que nos façam", uma prescrição de conduta existente em todas as religiões e defendida por alguns filósofos (como Hobbes no Leviaã, Parte II, Capítulo XVII), embasa a responsabilidade que a sociedade precisa ter pelos idosos. Um bom</p>

<p>this ethical conduct is a video on the Internet that shows a son (which is adult and has serious physical problems) be, literally, carried by his father in a competition of triathlon **.</p>	<p>exemplo desta conduta ética é um vídeo na Internet que mostra um filho (que é um adulto e tem problemas físicos sérios) ser, literalmente, carregado por seu pai em uma competição de triatlton.</p>
<p>For last, we can say that the importance of life's experience that the old people has is very significance for we construct the future, at least, without repeat the errors of the past.</p>	<p>Por último, nós podemos dizer que a importância da experiência de vida que os idosos tem é muito significante para nós construirmos o futuro, ao menos, sem repetir os erros do passado.</p>
<p>So, yes, we are responsible for the old people. <i>RDC. August, 2008.</i></p>	<p>Então, sim, nós somos responsáveis pelos idosos. <i>RDC. Agosto, 2008.</i></p>

\* *“For the Lawes of Nature (as Justice, Equity, Modesty, Mercy, and (in sume) doing to others, as wee would be do to,) of themselves, without the terrour of some Power, to cause them to be observed, are contrary to our naturall Passions, that carry us to Partiality, Pride, Revenge, and the like”*. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Part II. Chapter XVII.

\* *“Porque as Leis de Natureza (como a Justiça, Equidade, Modéstia, Piedade, ou em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder que as faça ser respeitadas, são contrárias as nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes)”*.

\*\* <http://br.youtube.com/watch?v=J8HGF8J9vk4>

§

→ [Índice](#): p. 7

**ESCRITOS**  
**JURÍDICOS**

# I

## GENERALIZAÇÃO x ESPECIALIZAÇÃO

A especialização extrema mina uma visão holista (ou orgânica) que imprime igual importância para as partes que compõem o todo do ordenamento jurídico, bem como, uma especialização extrema e cega corrobora para a alienação das relações existentes entre estas partes.

É desta fragmentação, que tem sua gênese na própria pedagogia do ensino jurídico, que a grande maioria dos profissionais do Direito não consegue vislumbrar os efeitos que suas ações, em um campo específico de atuação, geram para as outras searas jurídicas e para a sociedade enquanto um todo.

O Direito é um só e suas compartimentações devem sempre operar em um nível secundário.

As pesquisas que desenvolvo na área de Direito são feitas a partir desta visão holista (ou orgânica), a qual também leva em consideração a lapidação mútua que há entre teoria e prática. RDC 18.07.2008.

---

§

→ [Índice](#): p. 9

## II

# ON, PN (SEM DIREITO DE VOTO OU COM SUA RESTRIÇÃO) E O PODER DE CONTROLE EM COMPANHIAS ABERTAS COM ALTO NÍVEL DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICA.

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Operacionalidade básica das espécies de ações e motivos pelos quais a proporcionalidade ON/PN (sem direito de voto ou com sua restrição) depende do estágio de desenvolvimento econômico do mercado e das próprias sociedades – 3. Visão macroeconômica: panorama do atual mercado de capitais brasileiro – 4. Por que uma sociedade formada apenas com ON é mais eficaz no controle do risco de investimentos? – 5. Visão microeconômica: as etapas do desenvolvimento econômico-governamental da companhia – 6. Conclusão – Bibliografia.

---

***NOTA:*** *A reflexão sobre este artigo (revisitação), com novos desenvolvimentos macroeconômicos (incluindo considerações sobre os impactos no mercado de capitais brasileiro oriundos da crise global que estorou no final de 2008 e que foi iniciada em razão da concessão inadequada de crédito no mercado imobiliário norte-americano), foi selecionada para publicação na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais nº 42, da Editora Revista dos Tribunais.*

### 1. Introdução

Analisar o poder de controle do destino de uma sociedade envolve, em um primeiro plano, interpretação sistemática dos diversos dispositivos

estatutários e legais que a constituem e regem. No entanto, para se responder motivadamente a questão “Quem *deve* possuir o poder de decidir?” precisamos ir além de uma leitura formalista, utilizando-se de visão interdisciplinar que agregue conhecimentos oriundos da Economia e da Política.

E além desta visão interdisciplinar é preciso saber aplicar todo este instrumental teórico de diversas áreas do conhecimento nos casos concretos, de modo a transformar aquilo que se está fazendo na prática, com vistas a melhorá-la, e, concomitantemente, de modo a averiguar o grau de consistência destes conceitos quando de sua aplicação às novas situações que emergem do mercado e que devem ser racionalizadas. Teoria e prática são esferas indissociáveis e que se lapidam mutuamente. (1)

Assim, quando atentamos para o Regulamento de Listagem do Novo Mercado, em sua Seção III (Autorização para negociação no Novo Mercado), item 3.1<sup>58</sup>, e quando, a título de exemplo, atentamos para o Estatuto Social da Bovespa Holding S.A., em seu artigo 5º, Parágrafo Único<sup>59</sup>, estamos a atentar para o resultado de um processo histórico no qual teorias de várias áreas do conhecimento e a prática do mercado cunharam a noção de que um mecanismo de democratização do poder de controle via pulverização traz maior eficiência para as sociedades que estão em mercados desenvolvidos, mais dinâmicos. Deste modo, também é preciso entender o desenrolar teórico e prático que tornou a pulverização necessária.

A atual vedação no Novo Mercado da Bovespa de ações preferenciais na composição do capital social, com vistas a inviabilizar trocas entre (a) a

---

<sup>58</sup> Regulamento de Listagem no Novo Mercado. “Seção III. 3.1. Autorização para Negociação no Novo Mercado. O Diretor Geral da BOVESPA poderá conceder autorização para negociação no Novo Mercado para a Companhia que preencher as seguintes condições mínimas: (vi) tenha seu capital social dividido exclusivamente em ações ordinárias, exceto em casos de desestatização, se se tratar de ações preferenciais de classe especial que tenham por fim garantir direitos políticos diferenciados, sejam intransferíveis e de propriedade do ente desestatizante, devendo referidos direitos ter sido objeto de análise prévia pela BOVESPA”;

<sup>59</sup> Estatuto Social da Bovespa Holding S.A. “Artigo 5º, Parágrafo Único. O capital social será sempre dividido exclusivamente em ações ordinárias, sendo vedada a emissão de ações preferenciais”;

totalidade ou parte dos direitos de voto sobre o destino da sociedade e (b) a prioridade no recebimento de dividendos e/ou reembolso do capital, explicita a idéia de que é necessário, sempre que for possível, agregar ao capital o componente organizacional-corporativo denominado decisão. Segundo este mecanismo, quem tem a propriedade é quem *deve* decidir. (2)

Entender o porquê desta vedação de PNs consiste em um dos objetivos deste estudo.

## **2. Operacionalidade básica das espécies de ações e motivos pelos quais a proporcionalidade ON/PN (sem direito de voto ou com sua restrição) depende do estágio de desenvolvimento econômico do mercado e das próprias sociedades**

Primeiramente, é preciso delimitar o tema ressaltando que estamos a tratar de PN sem direito a voto ou com restrição a este direito, e não de outras classes de PNs que poderiam atribuir, por exemplo, direito de eleger, em votação separada, um ou mais membros dos órgãos de administração, como possibilita o artigo 18 da Lei 6.404<sup>60</sup>.

O conceito de PN não está necessariamente relacionado com a supressão do direito de voto, mas, sim, com as diferenças que possui em oposição ao conceito de ON (ações ordinárias, as que são tidas como as ações normais). Portanto, a PN caracteriza-se pela diferenciação (anormalidade) no modo como seu detentor participa na sociedade, e justamente por existirem várias maneiras desta participação se concretizar, sendo impossível prever todas em lei<sup>61</sup>, é que se deve explicitar pormenorizadamente no estatuto social os elementos que a distinguem, como dita o artigo 19 da Lei 6.404<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Lei 6.404. “Capítulo III. Seção III. Vantagens Políticas. Artigo 18: O estatuto pode assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração.”

<sup>61</sup> É importante notar o condicional “podem” constante do Artigo 17 da Lei 6.404: “Capítulo III. Seção III. Espécies e Classes. Ações Preferenciais. Artigo 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais *podem* consistir: I - em prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo; II - em

Segundo Tavares Borba, “Cada classe de preferenciais tem sempre alguma coisa a mais ou a menos...caracterizam-se, então, por oferecer a seus titulares: a) vantagens e desvantagens, cumulativamente; b) apenas vantagens...”<sup>63</sup>. (para mais artigos do Autor, visite [www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com))

Vejamos, então, a operacionalidade básica da ON e da PN sem direito de voto ou com sua restrição.

Na ON, os elementos propriedade e decisão não delegada (soberana) sobre esta propriedade se encontram na mesma pessoa, ao contrário do que ocorre na PN sem direito de voto ou com sua restrição. Em outras palavras, o acionista, quando o é por meio de uma PN deste tipo, não pode decidir sobre o próprio destino dos bens de que é dono, decisão esta que fica a cargo de outrem. Esta distância entre o acionista e seu patrimônio, por si só, é geradora de risco. **(3)**

Sob um certo ângulo, o valor de venda do poder de voto é muito atrativo, pois, por exemplo, a prioridade no recebimento de dividendos é um mecanismo que possibilita o acionista com ações preferenciais retirar lucro da empresa de modo seguro (pois rápido) no acelerado capitalismo de mercado, o que parece lógico partindo-se da premissa que empresas são como organismos vivos, os quais ora estão saudáveis ora estão doentes em razão, muitas vezes, não só de elementos internos, endógenos, como má administração que traz prejuízo para a sociedade, mas, também, em razão de elementos alheios as suas próprias atitudes, como as constantes (porque regulares) crises econômicas, o nível de desemprego e a taxa de juros. **(4a)**

---

prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele; ou III - na acumulação das preferências e vantagens de que tratam os incisos I e II.”

<sup>62</sup> Lei 6.404. “Capítulo III. Seção III. Regulação no Estatuto. Art. 19. O estatuto da companhia com ações preferenciais declarará as vantagens ou preferências atribuídas a cada classe dessas ações e as restrições a que ficarão sujeitas, e poderá prever o resgate ou a amortização, a conversão de ações de uma classe em ações de outra e em ações ordinárias, e destas em preferenciais, fixando as respectivas condições.”

<sup>63</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 219 e 226.

O sujeito que enxerga sob este ângulo é o investidor que quer alta liquidez em suas aplicações, que quer lucrar rápido, arriscando, para tanto, entregar o controle de sua propriedade para outrem, consistindo exatamente nesta ação seu principal risco, e, portanto, a medida que deve ser tomada como base do valor da perda de direitos políticos. **(4b)**

Provavelmente, este investidor está mais atrelado ao imediatismo, o qual tanto é oriundo da sua necessidade de sobreviver, pois como todo e qualquer ser humano ele é vulnerável, quanto é oriundo da sua ânsia de maximização, pois, como todos, tal investidor busca maximizar seus benefícios para se tornar menos vulnerável e, conseqüentemente, aumentar suas chances de sobrevivência e de qualidade de vida.

E isto não exclui a sua racionalidade, pois ela é justamente a via pela qual calculamos o futuro para manter os níveis de segurança requisitados pela nossa sobrevivência e prover novos níveis de conforto. **(4c)** Assim, é possível racionalizar o argumento de que as PNs são necessárias no mercado ao se estabelecer uma causa natural, ou seja, da natureza humana. Tal argumento é importante tanto do ponto de vista de naturalizarmos o investimento de risco (que é uma das sementes do empreendedorismo) quanto do ponto de vista de isentarmos naturalmente o ser humano de qualquer juízo de valor sobre esta atividade.

Um exemplo de sujeito que enxerga PN sem direito a voto ou com restrição deste com bons olhos é aquele que se encontra na situação (de sobrevivência) do empresário brasileiro das décadas de 60 e 70, o qual, ante a abertura do mercado nacional para a concorrência globalizada de empresas muito mais eficientes, precisava de rápida capitalização cumulada com possibilidade de tomada de decisão ágil, porque concentrada nas mãos dos poucos detentores de ON.

A tomada de decisão ágil, sob esta perspectiva, é vislumbrada, então, como sinônimo de diminuição do nível de conflito de interesses, os quais retardam o processo deliberativo, via diminuição da possibilidade de negociação.

A Exposição de Motivos da Lei 6.404 que, em 1.976, aumentou de 50% para 2/3 a viabilidade de PN sem direito a voto ou com restrição deste na composição do capital social, traz como motivações para esta política econômica não apenas a liberdade empresarial e a necessidade de rápida capitalização, mas, também, a necessidade da proteção nacional, a qual, em última instância, pode ser vista como o interesse de todo e qualquer cidadão brasileiro, visto que a perda de controle dos meios privados para estrangeiros implica, necessariamente, em perda de soberania.

Segundo a Exposição de Motivos da referida lei, “*recomendam este aumento de limite: a) a orientação geral...de ampliar a liberdade do empresário privado nacional na organização da estrutura de capitalização da sua empresa; b) o objetivo de facilitar o controle, por empresários brasileiros, de companhias com capital distribuído no mercado; c) a conveniência de evitar a distribuição, na fase inicial de abertura do capital de companhias pequenas e médias, de duas espécies de ações, em volume insuficiente para que atinjam grau razoável de liquidez*”). Assim, os tipos de PN sob análise guardariam sua importância também em argumentos assentados sob uma perspectiva da coletividade que engloba a sociedade empresária e por esta é constituída em parte, ou seja, sob uma perspectiva da Teoria Geral do Estado. (para mais artigos do Autor, visite [www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com))

É interessante notar que a estruturação do Estado [Pessoa Jurídica (sociedade) de Direito Público] guarda relação com a estruturação da sociedade empresária [Pessoa Jurídica (sociedade) de Direito Privado].

A partir das evidentes semelhanças entre os significados técnicos da Política e do Direito que estes dois entes fenomênicos guardam, podemos questionar: A comunhão de interesses que constitui a pessoa jurídica é aquela que deve geri-la?

Tanto a Política, que se ocupa em criar uma teoria da representação que embasa racionalmente a democracia indireta, procurando dar valor ao voto do cidadão, quanto o Direito Societário, que se ocupa em criar também uma teoria da representação, só que para embasar racionalmente o seu dirigismo no capitalismo de mercado, o que é feito via decisões em assembleias gerais, a ciência e a filosofia destas duas disciplinas (Política e Direito Societário) dirão que sim, que a comunhão de interesses que constitui a pessoa jurídica é aquela que deve geri-la.

Isto porque uma PN com restrição a este direito é o mesmo que o cidadão poder votar no Presidente, mas não poder votar no Prefeito, ou ao contrário, e isto não faz sentido, porque os níveis de poderes são, constitucionalmente, independentes, não existindo meio voto para eleger aqueles que governaram os diferentes níveis de espaço público em que o cidadão está inserido.

De um ponto de vista político-tributário, o cidadão-contribuinte paga tributos na esfera federal, estadual e municipal. Deste modo, é direito do cidadão-contribuinte escolher quem vai governar o dinheiro que ele, enquanto membro da comunidade política, investiu no Estado, o qual, como a sociedade empresária, é um meio do ser humano sobreviver e obter mais conforto em sua vida.

A relação entre o ente estatal é a sociedade empresária é tão grande do ponto de vista organizacional que podemos pensar as estruturas de uma Sociedade Anônima analogicamente com o Estado no seguinte sentido:

(i) a Assembléia Geral representa o Poder Legislativo, que funciona como mecanismo de expressão da vontade do Povo (constituídos por aqueles com capacidade jurídica para votar), que utiliza tal mecanismo por meio do legislador. O conjunto de acionistas com poder de voto, no caso, é o mesmo que o Povo;

(ii) o Conselho de Administração e a Diretoria representam o Poder Executivo, os quais devem tomar as decisões de gestão que mais viabilizem a satisfação da vontade do Povo (conjunto de acionistas com poder de voto);

(iii) o Conselho Fiscal averigua e denuncia se a execução da gestão orquestrada pelos conselheiros e diretores está conforme as regras do estatuto e os ditames da lei, o que o aproxima de um Poder de Polícia do Estado (Poder Executivo) e defesa de sua ordem (Poder Judiciário).

(iv) o Conselho Nacional de Justiça pode ser entendido como os mecanismos de auditorias externas das Sociedades Anônimas. **(4d)**

Ocorre que, tanto em relação ao indivíduo acionista e cidadão<sup>64</sup>, quanto em relação à sociedade empresária e política, existem argumentos igualmente sustentáveis em sentido contrário.

Contra as PN sem direito a voto ou com restrição ao exercício deste, podemos dizer, sob a perspectiva do indivíduo, que não apenas as partes sempre estarão melhor quanto melhor estiver o todo (devendo o interesse da sociedade ser visto em primeiro plano), como, também, é coerente pensar que não é prudente deixar alguém dispor de um bem de sua propriedade, ainda que em seu nome, em um ambiente no qual erros são de difícil reparação, mesmo que houvesse seguro para tanto, o que, necessariamente, representaria

---

<sup>64</sup> Indivíduo deve ser entendido neste contexto como a parte (que pode ser pessoa natural ou jurídica, ou mesmo um grupo de acionistas unidos por acordo) integrante e constitutiva de um todo (a sociedade).

um custo e, assim, diminuição de patrimônio. Metaforicamente, pode-se dizer que o investidor que opta por adquirir ações preferenciais deixou seu patrimônio à deriva (sem controle algum *de sua parte*), pois, simplesmente, deixou de ter a competência para decidir nas Assembléias Gerais sobre o destino de alocação dos *seus* recursos. (5a)

E quando analisamos pelo prisma da coletividade (tanto da sociedade civil da qual fazemos parte quanto das companhias), verificamos que, a longo prazo, em razão daquelas mesmas citadas intempéries exógenas que inevitavelmente atingem à sociedade, e também em razão dos problemas endógenos acima citados, como má administração, o que acaba por permitir a salubridade financeira da empresa é, justamente, *impossibilitar* a retirada rápida de seu capital, bem como, é fortalecer o comprometimento daqueles que tem a propriedade sobre ela, como ficará melhor explanado no tópico 4 deste artigo.

O preferencialista que, por exemplo, tenha direito de receber dividendo 10% maior do que o atribuído à ação ordinária não apenas está corroborando para o desequilíbrio estrutural da sociedade, que deixa de estar solidamente voltada para a acumulação de capital que seria aplicado em futuras expansões, mas tal preferencialista está, também, menos vinculado e, portanto, menos comprometido com o desenvolvimento sustentável da companhia. (5b)

Bloquear esta relação parasitária (e necessária em certas conjunturas) do acionista para com a sociedade é uma atitude típica de mercados mais velhos, desenvolvidos.

A analogia com a Política, neste ponto, é que, em uma sociedade desenvolvida do ponto de vista cultural, a maior noção de que o voto é aquilo que vincula a vontade do representado à ação do representante político, que foi eleito por afinidade de interesses, tal maior noção é aquilo que fortalece o comprometimento do cidadão para com o Estado. O sentimento de patriotismo

é, analogicamente, aquele que o sócio exige que o outro tenha para com a empresa, ou seja, tanto em um nível relacional de cidadão-Estado, quanto em um nível relacional de sócio-empresa, encontramos a necessidade do ser humano de fazer parte de um todo e de torcer para e lutar por este todo. (para mais artigos do Autor, visite [www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com))

Deste modo, existem tanto justificativas plausíveis para a defesa no uso das PNs sem direitos de voto ou com este restrito no Novo Mercado, como, também, existem ótimas justificativas para não as utilizar. Isto fica claro quando analisamos a racionalidade permeada no desenvolvimento histórico da proporção entre ações ordinárias e ações preferenciais do subtipo sob análise e verificamos que ora se fez necessário dar incentivo à prevalência destas PNs, ora se fez necessário reprimir seu uso. A primeira inferência que podemos tirar disto é que a solução perfeita só é perfeita para determinada(s) situação(ões), mas não para toda e qualquer situação. A segunda inferência é a de que a noção econômica segundo a qual existe uma constância no acontecimento de crises, havendo uma natural oscilação do mercado, é aquilo que torna necessária a alteração das normas que regulam o mercado, estando o Direito e a Economia em constante interação de lapidação mútua. **(6a)**

Ao analisarmos o desenvolvimento histórico da legislação, verificamos que, *primeiro*, o Decreto 21.526, de 15.06.1.932, que trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a PN, não estabelecia limites para a emissão desta espécie de ação, *depois*, verificamos que o Decreto-lei 2.627, de 26.09.1940, em seu Artigo 9º, § Único <sup>65</sup>, limitou a emissão de ações preferenciais sem direito de voto em 50% do capital social, *como terceiro movimento histórico*, verificamos que a Lei 6.404, de 15.12.1.976, em seu Artigo 15, § 2º <sup>66</sup>, alargou o limite de 50% de ações preferenciais sem direito a voto para 2/3 do capital social e acrescentou, ainda, que qualquer restrição do

---

<sup>65</sup> Decreto-lei 2.627, de 26.09.1940: “Artigo 9º, § Único. A emissão de ações preferenciais sem direito de voto não pode ultrapassar a metade do capital da companhia”.

<sup>66</sup> Lei 6.404, de 15.12.1.976: “Artigo 15, § 2º. O número de ações preferenciais sem direito a voto ou sujeitas a restrições no exercício desse direito, não pode ultrapassar 2/3 (dois terços) do total das ações emitidas”.

direito de voto deve observar este limite de  $2/3$ , e, *por fim*, verificamos que a Lei 10.303, de 31.10.2001, dando nova redação para o referido § 2º <sup>67</sup>, retornou o limite para 50%, mantendo o acréscimo feito pela lei anterior de se também vedar neste limite qualquer restrição do direito de voto.

O movimento percorrido pela lei é o que Hegel (filósofo alemão do século XVIII/XIX) denomina de movimento dialético, o qual pode ser explanado como a passagem de uma tese para uma anti-tese que resulta em uma síntese, que será uma nova tese, em um processo com prazo de duração indeterminado. Assim, primeiro não se estabeleceu limite algum (tese), depois, estabeleceu-se uma negação desta tese com o limite de 50% para a expedição de ações preferenciais (anti-tese). Da interação dialética da tese com a anti-tese, elevou-se o limite para  $2/3$  (síntese) e, desta síntese, a qual é uma nova tese, foi contraposta uma nova anti-tese com a Lei 10.303, que retornou o limite de ações preferenciais para 50%. **(6b)**

O que é importante neste movimento dialético é que há uma racionalidade na história e, portanto, no modo como o mercado e as normas evoluem. Porém, ante a natural impossibilidade de se determinar o futuro a partir da análise do caos, a não ser precariamente, temos um limite de previsibilidade dos acontecimentos do mercado e, assim, não conseguimos apreender a racionalidade na história a não ser nos voltando para o passado. Os economistas sabem que as crises acontecem periodicamente, mas não sabem determinar *exatamente* quando.

Além dos economistas, os historiadores também compreendiam este mecanismo de racionalidade na história e compreendiam que havia uma natural degradação e ressurgimento das coisas, inclusive dos regimes políticos.

---

<sup>67</sup> Lei 10.303, de 31.10.2001: “Lei 6.404, Artigo 15, § 2º. O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas”.

Políbio, historiador grego que viveu na Antiguidade (203 a.C. – 120 a.C.) e se dedicou a estudar como em quase cinqüenta anos o povo romano dominou todos os povos vizinhos, criou uma teoria política sobre o melhor regime de governo segundo a qual o regime misto explicitado pela constituição romana de sua época (em que tanto os cônsules, quanto o senado e o povo participavam de processos decisórios) seria o melhor. Tal governo misto seria o melhor, porque, dentre outros argumentos, retardava a natural degradação dos regimes políticos puros causada pela nata instabilidade que cada um destes regimes trazia em seu bojo. Assim, em razão de haver um processo circular na história pelo qual se passava de uma forma de governo para outra, e, após um ciclo completo, retornava-se para a primeira forma, era preciso mesclar todas estas formas para retardar à inevitável ação do tempo. Por exemplo, um regime de governo em que apenas os *aristoi* (= melhores, por isto Aristocracia) decidem já carrega em si um germe de degradação. Por isto, para Políbio, cônsules, senado e povo (cada um como sendo ator principal das formas de governo por ele identificadas) deviam estar juntos na tomada das decisões do destino da sociedade<sup>68</sup>.

O que Políbio tem a nos ensinar, junto com os economistas, é que a oscilação entre desenvolvimento e recessão é um processo inevitável e circular, que, no entanto, pode ser acelerado ou desacelerado pelo ser humano. Este pode, em certa medida, interferir no meio em que se encontra, sendo a regulação do mercado prova disto. (6c)

Quando pensamos em sociedades com alta quantidade de PNs sem direito a voto ou com restrição a este direito, estamos a vislumbrar um processo (necessário para a viabilização de empresas de grande porte) que consiste na aceleração da capitalização empresarial, pois empresa que não tem patrimônio para crescer acaba sendo extinta. Em contra partida, o baixo índice

---

<sup>68</sup> Para a teoria política de Políbio, ver BOBBIO, Norberto. A Teoria das Formas de Governo. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

de ONs na composição do capital social indica distanciamento do processo democrático de pulverização do poder de controle da sociedade.

Neste sentido, podemos dizer que a utilização de PNs dos subtipos que estamos analisando consiste em uma etapa natural de desenvolvimento da sociedade empresarial (*questão analisada no item 4 deste artigo*) e de desenvolvimento do mercado, os quais tem suas devidas importâncias nos devidos tempos e que, portanto, têm prazo determinado de duração, que pode ser dilatado ou contraído, até certo ponto, por um *corpus* jurídico tanto externo quanto interno à companhia. (6d) (para mais artigos do Autor, visite [www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com))

A partir destas explanações, a questão que devemos levantar para conseguirmos responder motivadamente a questão colocada no início (“Quem deve possuir o poder de decidir?”) é: “Em que estágio de desenvolvimento nosso mercado de capitais está, tanto econômica quanto regularmente?”.

### **3. Visão macroeconômica: panorama do atual mercado de capitais brasileiro**

Dois são os modos pelos quais podemos analisar o desenvolvimento econômico atual do mercado de capitais, consistindo o primeiro em uma análise comparativa externa, ou seja, do mercado de capitais brasileiro com os mercados de capitais de outros países, e consistindo o outro modo em uma análise entre diferentes momentos do mercado de capitais interno.

Para tanto, utilizaremos os dados estatísticos da Federação Mundial de Bolsas de Valores (*World Federation of Exchanges*) referentes à soma do valor de mercado das companhias listadas em três mercados diferentes, conforme tabela a seguir.

Capitalização dos mercados domésticos – US\$ milhões

	<b>São Paulo SE</b>	<b>Hong Kong Exchanges</b>	<b>NYSE</b>
<b>1990</b>	11.201,2	83.385,9	2.692.123,0
<b>1991</b>	32.152,1	121.880,9	3.484.340,3
<b>1992</b>	45.416,4	171.983,5	3.798.238,1
<b>1993</b>	96.779,1	385.042,7	4.212.956,0
<b>1994</b>	189.303,3	269.507,8	4.147.936,7
<b>1995</b>	147.636,8	303.705,3	5.654.815,4
<b>1996</b>	216.906,2	449.218,8	6.841.987,6
<b>1997</b>	255.478,0	413.322,6	8.879.630,6
<b>1998</b>	160.886,4	343.566,5	10.277.899,8
<b>1999</b>	227.962,1	609.090,4	11.437.597,3
<b>2000</b>	226.152,3	623.397,7	11.534.612,9
<b>2001</b>	186.238,6	506.072,9	11.026.586,5
<b>2002</b>	121.640,5	463.054,9	9.015.270,5
<b>2003</b>	226.357,7	714.597,4	11.328.953,1
<b>2004</b>	330.346,6	861.462,9	12.707.578,3
<b>2005</b>	474.646,9	1.054.999,3	13.632.303,0
<b>2006</b>	710.247,4	1.714.953,3	15.421.167,9
<b>2007</b>	1.369.711,3	2.654.416,1	15.650.832,5

Fonte: *World Federation of Exchanges*<sup>69</sup>

A capitalização de uma Bolsa é calculada, basicamente, pelo número total das ações (ordinárias e preferenciais) das companhias negociadas em Bolsa multiplicado pelas cotações destas ações em determinados períodos, excluindo-se fundos de investimento, direitos, warrants, ETFs, instrumentos convertíveis, opções, futuros, ações das *holdings* e de companhias estrangeiras.

Quando analisamos os dados estatísticos concernentes à soma do valor de mercado das companhias brasileiras listadas na Bovespa, verificamos que, em 17 anos, houve um crescimento de 12.228,25% deste valor.

Em perspectiva com as bolsas de outros países, verificamos que o mercado de capitais brasileiro refletido pela Bovespa teve um crescimento muito maior do que o refletido pelas Bolsas de Hong Kong e de Nova York.

<sup>69</sup> <http://www.world-exchanges.org/>

Mesmo em sendo estes mercados maiores, em 17 anos, o crescimento do mercado brasileiro de US\$ 11.201,2 milhões (em 1990) para US\$ 1.369.711,3 milhões (em 2007), ou seja, de 12.228,25%, é maior do que o crescimento do mercado refletido pela Bolsa de Hong Kong, que foi de US\$ 83.385,9 milhões (em 1990) para US\$ 2.654.416,1 milhões (2007), ou seja, de 3.183,29%, bem como, é maior do que o crescimento refletido pela Bolsa de New York, que foi de US\$ 2.692.123,0 milhões (em 1990) para US\$ 15.650.832,5 milhões (2007), ou seja, de 581,35%.

Vê-se em números, portanto, que o mercado brasileiro está crescendo em ritmo mais acelerado do que o mercado do seu parceiro no grupo dos “países emergentes” (“BRIC”) e, até mesmo, está crescendo em ritmo mais acelerado do que o dos EUA, que também cresce vertiginosamente mesmo em meio a um declínio econômico que alguns economistas estão a chamar de “a década perdida dos EUA”, em alusão às décadas perdidas de outros países, como foi a década de 1980 para os brasileiros.

E o que é importante notar é que todo este crescimento se deu em meio a fatores internacionais negativos como as crises mexicana (1995), asiática (1997) e russa (1998), o ataque às torres gêmeas (2001) e a guerra do Iraque (2003), bem como, deu-se em meio a fatores negativos nacionais, como o Plano Collor (1990), o que demonstra que o crescimento do mercado de capitais, no mundo e no Brasil, é sustentável.

Obviamente, este extraordinário crescimento de 12.228,25% não advém apenas do crescimento de empresas que já estavam listadas, mas, também, é fruto de adesões de inúmeras sociedades que viram na abertura de capital um meio muito mais eficaz de capitalização do que aquela viabilizada pelos financiamentos do sistema bancário, bem como, viram um meio alternativo às operações de *private equity* (aquisição de empresas para posterior venda com lucro em razão de racionalização de seus processos),

*venture capital* (participação capitalista em empresas novas que atuam na área de ponta, viabilizando as idéias dos empreendedores que não possuem recursos financeiros suficientes, nem gestão eficiente, para manter uma empresa de modo competitivo) e *project finance* (operação pela qual há financiamento de um projeto em razão do retorno futuro que os ativos deste trarão ao financiador). A distribuição (e, portanto, a amortização) do risco inicial do empreendimento entre os acionistas já é, por si só, uma ótima razão a se apontar para cada vez mais empresas estarem abrindo seu capital. **(7a)**

A quantidade de capital que a área privada brasileira conseguiu arrecadar via mercado de capitais, que está aliada à notável concretização de um direito regulatório, cujas estruturas, segundo Yazbek, “...se justificam não apenas pelo seu rigor e tecnicidade, mas também (e especialmente) por permitir aquela inserção [do país na economia global e nas redes financeiras internacionais]”<sup>70</sup>, são elementos mais do que suficientes para podermos dizer que o mercado de capitais brasileiro é sólido o bastante para, ao mesmo tempo, garantir os investidores contra riscos que de outro modo não conseguiriam se proteger, e para garantir a retenção de crises do sistema financeiro, minimizando danos que impactam diretamente a sociedade.

Ou seja, as estruturas do mercado já possuem suas raízes tanto voltadas para a proteção do acionista-investidor quanto voltadas para a proteção da sociedade. **(7b)**

Definitivamente, estamos no momento econômico certo e com a estrutura jurídica adequada para começarmos a implantar, no estrito sentido democrático do termo, as verdadeiras *public companies* aqui no Brasil. E já estamos começando a fazer isto, sendo o Novo Mercado da Bovespa a expressão mais forte deste fenômeno social político e econômico.

---

<sup>70</sup> YAZBEK, Otávio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 279.

Como os dados demonstram, há investimento constante nos setores econômicos brasileiros das empresas de grande porte via mercado de capitais, estando tais setores e muitas destas empresas já suficiente e sustentavelmente capitalizados para consolidar a etapa de desenvolvimento das sociedades na qual o poder de controle deve ser desconcentrado (democratizado) para que, com isto, se possa melhor controlar os riscos dos investimentos da companhia e, conseqüentemente, para que se possa trazer mais eficiência para o mercado.

#### **4. Porque uma sociedade formada apenas com ON é mais eficaz no controle do risco de investimentos**

O folheto da Bovespa, dedicado à apresentação do Novo Mercado, é essencial para começarmos a refletir sobre como uma composição de capital social apenas com ONs pode diminuir riscos de investimentos tanto para a companhia quanto para aquele que quer investir no mercado de capitais brasileiro: *“A melhoria da qualidade das informações prestadas pela Companhia e a ampliação dos direitos societários reduzem as incertezas no processo de avaliação e de investimento e, conseqüentemente, o risco. Assim, em virtude do aumento da confiança, eleva-se a disposição dos investidores em adquirirem ações da Companhia, tornando-se seus sócios...A redução do risco também gera uma melhor precificação das ações que, por sua vez, incentiva novas aberturas de capital e novas emissões, fortalecendo o mercado acionário como alternativa de financiamento às empresas”*<sup>71</sup>.

Desde logo, vê-se que o termo chave é risco, sendo este proveniente, dentre inúmeros outros fatores, do princípio econômico segundo o qual informações perfeitas em um processo decisório não existem, pois, em razão da complexidade da realidade, só conseguimos trabalhar com modelos abstratos limitados, os quais operam sobre a realidade com apenas algumas informações.

---

<sup>71</sup> [http://www.bovespa.com.br/pdf/Folder\\_NovoMercado.pdf](http://www.bovespa.com.br/pdf/Folder_NovoMercado.pdf) - página acessada em 25.06.2008.

Em outras palavras, é impossível apreender todas as variáveis de um processo e, por isto, precisamos escolher e trabalhar apenas com algumas e as relações que entre elas existem. Assim, este natural *gap* de informações é o elemento que, genericamente, traz a incerteza (do amanhã) para a atividade decisória empresarial, ou seja, que traz o risco.

Reflexamente, apreendemos que o controle do risco só pode ser feito por um processo que diminua este *gap* de informações. Mesmo que não se possa fazer esta redução totalmente, porque não possuímos capacidade de prevermos com perfeição os efeitos futuros causados pelos eventos determinados no presente, é possível fazer a redução do risco trazido pela incerteza a partir de vários mecanismos de governança corporativa e, principalmente, a partir da defesa do direito de voto como direito que não deve ser suprimido quando a sociedade já está mínima e sustentavelmente capitalizada para a consecução de seu objeto social.

É importante apreendermos que a retirada de um intermediário no processo decisório faz com que o risco do investidor diminua e, não obstante, precisamos lembrar que quando o investidor opta por ações preferenciais ele opta por correr o risco máximo dentro dos limites regulados pela prática do mercado, justamente, porque ele aliena a sua própria possibilidade de decidir sobre a alocação de seus próprios bens e, portanto, fica a cargo da discricionariedade dos acionistas que detêm o direito de voto (intermediários) nas Assembléias Gerais, evento deliberação de máximo da sociedade. (8)

Ora, se as empresas já estão capitalizadas o suficiente para terem um desenvolvimento minimamente sustentável (ótimo grau de liquidez), que é o caso, por exemplo, das sociedades listadas no Novo Mercado da Bovespa, o que deve passar a constituir a ordem do dia é o ganho que se tem pela diminuição do *gap* de informações quando da democratização, via proteção do direito de voto, do controle social interno (que é o controle social exercido por

agente que atua no interior da companhia, destacadamente, que atua nas Assembléias Gerais).

Quando pensamos em controle social, devemos pensar que tanto maior é o poder quanto maior for o grau de imposição e menor for a possibilidade de negociação. Onde não há negociação, não há pacificação adequada, a qual se mostra como aquela que é construída diretamente pelas partes do conflito, e não apenas por uma delas ou por um terceiro alheio.

O direito de voto é o instrumento pelo qual se negocia diferentes interesses e *sua ausência representa* a impossibilidade de uma das partes manifestar-se quando está insatisfeita e, conseqüentemente, representa a impossibilidade de emergência de um empreendimento comum que satisfaça o maior número possível dos seus integrantes, pois, basicamente, impede-se a participação de todos. Portanto, é conveniente a diluição do poder, desconcentrando-o, democratizando-o, visto que, quanto maior participação houver menor será o risco no processo decisório. (9)

Os artigos 116 e 243, § 2º, da Lei 6.404<sup>72</sup>, expressam que o poder de controle é o poder, efetivamente exercido, de eleger os administradores da sociedade e comandar as atividades sociais.

O Contrato de Participação no Novo Mercado da empresa CPFL Energia S.A. nós dá uma dimensão prática do poder de controle: “‘Poder de Controle’ significa o poder efetivamente utilizado de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da Companhia, de forma direta ou indireta, de fato ou de direito. Há presunção relativa de titularidade do

---

<sup>72</sup> Lei 6.404. “Artigo 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”; “Artigo 243, § 2º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

controle em relação à pessoa ou ao grupo de pessoas, vinculado por acordo de acionistas ou sob Controle comum (“grupo de controle”) que seja titular de ações que lhe tenham assegurado a maioria absoluta dos votos dos acionistas presentes nas três últimas assembléias gerais da Companhia, ainda que não seja titular das ações que lhe assegurem a maioria absoluta do capital votante.”<sup>73</sup>

E, segundo Proença, “a doutrina brasileira define as várias formas de controle interno em cinco possíveis situações: a) controle da participação completa ou quase completa – ocorre na sociedade unipessoal, na qual o controle é exercido por e em interesse do titular único do capital social; b) controle pela maioria; c) controle exercido por algum mecanismo jurídico, como, por exemplo, uma *holding* ou o sistema de franquia; d) controle pela minoria; e e) controle administrativo ou gerencial, exercido pelos administradores, independentemente do controle acionário”<sup>74</sup>.

Ora, pela análise da lei, da praxis e da doutrina, verificamos que o acionista de PNs sem direito de voto ou com restrição a este não exerce nenhuma forma de controle, o que o deixa distante da sociedade, e, deste modo, alheio aos interesses da companhia. **(10)**

Uma objeção que é possível levantar a favor destas PNs consiste no argumento de que existem investidores que procuram retorno rápido e que não estão interessados em participar da vida da sociedade.

*Mas como já se evidenciou em tópico anterior deste artigo, esta objeção está correta até o limite em que adentramos em uma dimensão de desenvolvimento do mercado na qual as empresas já se capitalizaram suficientemente para um crescimento sustentável, dimensão esta que deve,*

---

<sup>73</sup> [http://www.mzweb.com.br/cpfl/web/arquivos/CPFL\\_novomercado\\_20070530\\_port.pdf](http://www.mzweb.com.br/cpfl/web/arquivos/CPFL_novomercado_20070530_port.pdf). Acessado em 24.06.2008.

<sup>74</sup> FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis e PROENÇA, José Marcelo Martins como coordenares. ‘Direitos e deveres dos acionistas’ em Direito Societário: sociedades anônimas. Série GVlaw: São Paulo, 2007. p. 75.

portanto, atribuir menor espaço de atuação para esta espécie de investidor. Este investidor mais imediato tem sua importância diminuída para o mercado quando, em razão de sua própria natureza, age de modo a realizar o seu interesse pessoal sem observar o interesse da companhia, significando tal ausência de interesse que ele está mais preocupado em retirar capital da empresa do que fazê-la crescer. E este distanciamento aumenta o risco, que afeta diretamente a precificação das ações.

A importância do elemento “comprometimento” para a maximização sustentável dos lucros pode ser vislumbrada não apenas na esfera mais básica e poderosa de poder interno da sociedade (o poder de decisão em Assembleia Geral), mas, também, tal fenômeno apresenta-se no controle administrativo ou gerencial (exercido pelos administradores, independentemente do controle acionário) quando se analisa o sistema de remuneração dos seus agentes. Se grande parte desta remuneração advém de bônus oriundos de lucro de curto prazo, o administrador tenderá a aumentar as atividades de risco da sociedade. O mecanismo de maximização pela constante e rápida retirada de capital que vislumbramos na relação do administrador com a sociedade é o mesmo mecanismo que com esta tem o detentor de PNs sem direito a voto ou com restrição a este.

O fato que devemos extrair destas análises é que *somos* maximizadores, *somos* auto-interessados e, deste modo, é preciso evitar as situações em que a maximização individual pode trazer malefícios para a maximização social, o que, na dimensão mais básica de poder dentro de uma companhia, faz-se por meio da supressão de PNs sem direito de voto ou com restrição a este na composição do capital social que já se mostra suficiente para o desenvolvimento sustentável da atividade lucrativa. **(11a)**

Neste sentido da relação comprometimento/crescimento sustentável, devemos lembrar que o direito de voto traz, junto consigo, deveres. (para mais artigos do Autor, visite [www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com))

O artigo 115 da Lei 6.404, ao expressar que “o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia”, não visa expressar que o acionista não deve ter interesse privado (pois isto é natural que ele tenha), antes, o dispositivo legal está expressando que tal interesse não pode ser impeditivo de concretização do interesse público.

Ora, a própria distribuição de dividendo em porcentagem maior do que a atribuída à ação ordinária para os acionistas detentores de certas classes de PNs, por exemplo, explicita claramente esta mecânica de conflitos de interesses que o Artigo 115 da Lei 6.404 *objetiva evitar (mesmo que, por outras disposições legais e certas condições econômicas, esta distribuição desproporcional acabe por ser lastreada juridicamente)*.

As responsabilidades em relação ao voto, tanto no condizente a eventuais conflitos de interesse de caráter formal (definidos pela lei, ou seja, *a priori*)<sup>75</sup>, como no condizente aos conflitos de caráter substancial (que são aqueles não previstos pela lei e que, portanto, devem ser analisados casuisticamente, ou seja, *a posteriori*), tais responsabilidades quando do exercício de voto apontam para a necessidade de comprometimento do indivíduo para com o meio que integra e constitui, indo muito além da mera responsabilidade que os acionistas possuem de integralização do capital.

Assim, quando todos votam, em razão das responsabilidades oriundas deste exercício, as quais acabam por aproximar o acionista da sociedade, torna-se possível mitigar o risco de investimentos da empresa e do próprio indivíduo que optou por alocar seus recursos no mercado de ações. *Comprometimento e risco possuem uma relação inversamente proporcional.*  
**(11b)**

---

<sup>75</sup> Lei 6.404. “Artigo 115, § 1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.”

Uma questão que poderia ser levantada contra a idéia de que a pulverização do poder de controle em ON traz necessariamente eficiência e democracia, consiste na consideração de que, inevitavelmente, para que o acionista faça prevalecer a sua vontade dentro da companhia, este acionista precisa se juntar a outros com iguais interesses e eleger um representante que unifique estas suas vontades em comum, tornando-as mais fortes e, conseqüentemente, formando micro conjunto de poderes dentro da companhia. E este mecanismo, segundo a hipotética objeção levantada, tenderia a concentrar o poder novamente, não adiantando de nada a pulverização do poder de controle em ONs.

Esta argumentação não prevalece simplesmente porque é possível limitar o grau de concentração do poder dos grupos de controle, garantindo-se uma pulverização democratizada, pela qual a força daqueles que estão em conflito na deliberação é suficiente para garantir um processo decisório que engendre julgamentos equânimes, plurilaterais sobre o destino da sociedade.

##### **5. Visão microeconômica: as etapas do desenvolvimento econômico-governamental da companhia**

Como já demonstrado acima (quando, por exemplo, da alusão à necessidade de capitalização das empresas brasileiras nas décadas de 60 e 70) a proporção entre ON e PN sem direito de voto ou com restrição a este, além de variar em razão da conjuntura econômica do país, também se modifica conforme a etapa de desenvolvimento econômico em que se encontra cada sociedade.

Obviamente, uma empresa precisa passar por um processo inicial de capitalização, residindo nesta etapa a importância das PNs sob análise, que possuem maior liquidez e comercialização no mercado do que as ON e, assim, representam um modo de valorizar rapidamente a empresa.

Para sustentar a valorização feita é preciso pulverizar o controle acionário, o que pode ser feito, por exemplo, com a diminuição de PNs e o aumento de ONs via conversão daquelas nestas.

Tal pulverização do poder é necessária em razão da já aludida diminuição do risco de investimentos (da empresa e daquele que aloca seus recursos no mercado) que se tem com (i) a participação do acionista no processo deliberativo sobre o destino da sociedade e com (ii) o maior comprometimento do acionista para com esta.

Aquilo que é importante apreender do ponto de vista interno da companhia é que (i) *a partir* do momento em que o desenvolvimento econômico-governamental interno da sociedade está intimamente relacionado com sua estrutura jurídica constitutiva<sup>76</sup>, (ii) *a partir* da visão *a priori* (porque científica)<sup>77</sup> das etapas naturais de crescimento e involução das empresas, e (iii) *a partir* de teorias como a Teoria dos Jogos, a qual se volta para o estudo das estratégias de maximização do retorno de indivíduos que interagem entre si, (i + ii + iii) *torna-se possível* criar soluções regulamentares e societárias pré-programadas para que haja disparo automático de determinados mecanismos de distribuição da proporção entre ON/PN sem direito de voto ou com restrição a este *quando* ocorrerem determinadas alterações econômicas do mercado, da empresa e do controle político desta. (12)

## 6. Conclusão

---

<sup>76</sup> O Regulamento do Novo Mercado nos explicita isto pela seguinte disposição: “Seção III, 3.2., Pedido de Autorização. O pedido de autorização para negociação no Novo Mercado deverá ser instruído pelas companhias com os seguintes documentos:... (v) cópia do estatuto social atualizado, adaptado a cláusulas mínimas divulgadas pela BOVESPA”.

<sup>77</sup> É importante deixar claro que não há que se confundir esta visão *a priori* com o método de construção das ciências econômica, administrativa e jurídica, o qual além de se valer de conceitos puros, também se vale de empirismo.

Após termos tecido uma *análise* interdisciplinar (jurídica, econômica e política), sem desconsiderar a indissociabilidade entre a teoria e a prática **(1)**, *acerca* dos motivos que fazem a pulverização do poder de controle trazer eficiência e, conseqüentemente, *acerca* dos motivos que fazem com que a pessoa que tem a propriedade de parte da sociedade seja aquela que *deve* decidir em Assembléia Geral **(2)**, *tendo demonstrado* que:

a) (ON = propriedade + decisão própria = segurança) e (PN sem direito de voto ou com restrição a este = propriedade + decisão alheia = risco); **(3)**

b) que existem argumentos a favor do uso da PN sob análise tanto do ponto de vista do indivíduo [(prioridade de recebimento = segurança ante a natural oscilação do mercado); (perda do poder de controle da propriedade = risco = base para precificação da PN); (somos vulneráveis, auto-interessados e racionais)] quanto do ponto de vista da coletividade (determinada época exigiu PN sem direito de voto ou com restrição a este para a proteção da soberania nacional) – **(4, 4a, 4b, 4c)**;

c) que a relação íntima entre Estado e Sociedade Anônima nos permite evidenciar que um detentor de uma PN sem direito a voto está na mesma situação do que um cidadão que só pode votar no Presidente ou no Prefeito, ou seja, de um cidadão que tem meio direito de escolher sobre quem irá gerir partes dos recursos que constantemente aporta no Estado para sua segurança individual, via recolhimento de tributo. **(4d)**;

d) que existem argumentos contra o uso da PN sob análise tanto do ponto de vista do indivíduo (o bem do todo acarreta em bem para a parte e há risco oriundo da separação entre decisão e propriedade) quanto da companhia (é saudável *impossibilitar* a retirada rápida de capital da companhia e fortalecer o maior comprometimento do

acionista para com esta) – (5, 5a, 5b); (para mais artigos do Autor, visite [www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com))

e) que soluções perfeitas são dadas dentro de quadrantes previamente determinados (6a), que há uma racionalidade no desenvolvimento da legislação societária (6b), que o ser humano pode acelerar ou desacelerar a natural ordem dos acontecimentos (6c), que a utilização de PN sem direito de voto ou com restrição a este está relacionada ao grau de desenvolvimento do mercado e da companhia (6d);

f) que estamos em uma fase de crescimento sustentável e de forte capitalização (7a) e existe adequada regulamentação do mercado brasileiro (7b);

g) que o *gap* de informações oriundo da introdução de intermediários em processo decisório aumenta incerteza e, conseqüentemente, o risco (8);

h) que desconcentração implica em maior participação que implica em diminuição de risco (9);

i) que o acionista de PNs sem direito de voto ou com restrição a este não possui qualquer espécie de controle da companhia (10);

j) que somos maximizadores e tendemos a ver nossos interesses antes do que os dos outros (11a), que comprometimento e risco possuem uma relação inversamente proporcional (11b);

k) e que o conhecimento das etapas do desenvolvimento da empresa permite a construção de soluções regulamentares e societárias pré-programadas (12)

*podemos concluir que*

A) a vedação de PNs sem direito de voto ou com restrição deste direito, em companhias abertas já suficientemente capitalizadas para um crescimento sustentável, é um verdadeiro imperativo do atual estágio de desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro;

B) *e que* quando realizamos um estudo interdisciplinar entre Direito, Economia e Política, averiguamos que Democracia e Eficiência são conceitos que estão intimamente relacionados. RDC. 11.07.2008.

## **Bibliografia**

- BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005;
- COSTA E SILVA, Francisco. 'As ações preferenciais na lei 10.303, de 31.10.2001: proporcionalidade com as ações ordinárias; vantagens e preferências' em Reforma da Lei das Sociedades Anônimas. Editora Forense, 2002.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis e PROENÇA, José Marcelo Martins como coordenares. 'Direitos e deveres dos acionistas' em Direito Societário: sociedades anônimas. Série GVlaw: São Paulo, 2007;
- BOBBIO, Norberto. A Teoria das Formas de Governo. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Tradução de Noberto de Paula Lima, adaptação e notas Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997;
- YAZBEK, Otávio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007;

- MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. Tradução da 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

---

§

→ [Índice](#): p. 9

### III

## **TECNOLOGIA SOCIETÁRIA: O SÓCIO DE SERVIÇO NA SOCIEDADE SIMPLES.**

---

SUMÁRIO: 1. A organização societária no ambiente do micro empreendedorismo contemporâneo; 2. A operacionalização legal do sócio de serviço; 3. Bibliografia.

---

### **1. A organização societária no ambiente do micro empreendedorismo contemporâneo**

Na era atual do capitalismo, torna-se natural a existência do pensamento de que a contribuição mais importante em uma sociedade é a do sócio detentor do capital, pois é ele que viabiliza a estrutura básica sobre a qual todos os outros elementos exercerão suas funções.

No entanto, o cenário econômico-jurídico contemporâneo parece possibilitar, cada vez mais, a solidificação de técnicas de organização societária baseadas na idéia de que todos os participantes de um empreendimento comum têm sua importância mensurada conforme a contribuição que fazem para a consecução do escopo social.

Assim, se refletirmos um pouco acerca dos elementos constitutivos de uma sociedade, faz-se plausível concluir que sua alma encontra-se em seus recursos humanos, e não no capital.

E, queira ou não, a esta alma, e não ao corpo (ou capital), é que cabe o controle do destino do empreendimento comum. Uma equipe composta por pessoas pouco qualificadas tecnicamente ou com falta de ética, bem como uma equipe composta por pessoas que são consideradas verdadeiros fenômenos, mas que não estão orquestradas, são equipes fadadas ao fracasso por mais dinheiro que haja à disposição.

É a partir desta perspectiva, em que o recurso humano se mostra como o bem mais precioso de uma sociedade, que faz sentido pensarmos na sociedade simples e na figura do sócio cuja contribuição consiste na prestação de seus serviços.

Apesar de esta perspectiva ser a causa primeira do surgimento da figura da sociedade simples e do sócio de serviço, outras causas há que corroboram para a assimilação cada vez maior, na prática societária, desta espécie de sócio.

Como causa secundária, podemos mencionar o travamento do desenvolvimento econômico das pequenas sociedades ocasionado pelas legislações trabalhista e tributária. O custo de manutenção de um trabalhador empregado inviabiliza esta forma de mão-de-obra para grande parte destes pequenos empreendimentos, o que incentiva o não registro dos trabalhadores pelas sociedades. Por conseqüência, têm-se, por um lado, o trabalhador à margem da tutela jurisdicional do Estado, e, por outro, a sociedade empresária sujeita aos enormes custos dos processos trabalhistas que, na maior parte das vezes, dá ganho de causa ao reclamante.

Também como causa secundária, que aparece geralmente conjugada com a causa retro, têm-se a idéia de organização de pessoas pautada na máxima identificação possível do indivíduo com o todo ao qual pertence. Do ponto de vista da produtividade, o trabalhador que se sente parte da sociedade em que trabalha, pelo fato de juridicamente ser parte integrante desta, mostra-

se muito mais eficiente que o trabalhador que é meramente empregado. É dizer: ao sentir-se parte constitutiva daquela coletividade, o indivíduo a ela se identifica de modo muito mais intenso e, por conseqüência, empreende muito mais esforço para o crescimento da sociedade.

Não é a toa que há posicionamentos no sentido de que o sócio de serviço é um potencial sócio detentor de quotas patrimoniais. Por este viés, faz-se possível estruturar planos de carreira em que o crescimento do trabalhador dentro da sociedade é mensurado, em uma primeira etapa, por meio da prestação cada vez maior de serviços que requerem mais responsabilidade e, em uma segunda etapa, pela aquisição de quotas patrimoniais.

Talvez, diante deste raciocínio, seja coerente dizer que o sócio de serviço é uma pessoa que, por meio de seu trabalho, está a caminho de ser um sócio detentor de quotas patrimoniais.

Porém, por força do artigo 981<sup>78</sup> do Código Civil, há de se notar a impossibilidade da construção da figura de um sócio misto, que contribui com o seu trabalho e, ao mesmo tempo, é detentor de uma parte do capital da sociedade.

## **2. A operacionalização legal do sócio de serviço**

Uma vez expostas as causas que engendram a figura do sócio de serviço, cabe refletirmos acerca do balizamento legal deste elemento societário que se encontra, basicamente, no Código Civil<sup>79</sup> e que possui passado legal na parte revogada do Código Comercial.

---

<sup>78</sup> Art. 981 – Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

<sup>79</sup> Código Civil, Livro II (*Do Direito de Empresa*), Título II (*Da Sociedade*), Subtítulo II (*Da Sociedade Personificada*), Capítulo I (*Da Sociedade Simples*).

Como expresso no título deste artigo, o sócio de serviço é tecnologia jurídica exclusiva da sociedade simples, cuja característica determinante, em oposição à sociedade empresária, é a ausência de atividade organizada complexa que vise à circulação e/ou produção de serviços.

Na sociedade simples, o elemento do capital, apesar de necessário, salienta-se com menor intensidade do que o elemento intelectual para a estruturação e a manutenção vital da sociedade, o que a insere na classificação de sociedade de pessoas. Sociedades de engenheiros, médicos e advogados são os exemplos mais correntes.

Feitas estas considerações preliminares quanto ao ambiente em que se enquadra o sócio de serviço, passemos, então, a analisá-lo.

No condizente a relação obrigacional primeira que tal sócio possui com a sociedade, a inteligência do artigo 1.006<sup>80</sup> do Código Civil expressa que, em regra, ou seja, quando não há disposição em contrário, tal sócio deve contribuir (trabalhar) exclusivamente para a sociedade que compõe.

Este mecanismo parece encontrar seu sentido quando recordamos das causas, acima expressas, que engendram esta espécie de sócio. É dizer: a exclusividade funciona como catalisador no processo de aquisição de quotas patrimoniais, pois, quando se intensifica a contribuição em serviço, acaba por haver um aumento da receptividade da sociedade em relação àquele trabalhador, bem como tal exclusividade intensifica a identificação no sentido oposto, ou seja, do sócio para com a sociedade. Assim, ambos os fatores corroboram para a *affectio societatis*. Há de se lembrar, ainda, a gravidade da

---

<sup>80</sup> Art. 1006 – O sócio, cuja contribuição consista em serviços, não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído. A parte revogada do Código Comercial expressava em seu artigo 317: “Diz-se sociedade de capital e indústria aquela que se contrai entre pessoas, que entram por uma parte com os fundos necessários para uma negociação comercial em geral, ou para alguma operação mercantil em particular, e por outra parte com a sua indústria somente. O sócio de indústria não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em operação alguma comercial estranha à sociedade; pena de ser privado dos lucros daquela, e excluído desta”.

sanção para àquele que descumpra com a cláusula de exclusividade, que consiste na perda dos lucros e na exclusão do sócio.

Além disso, é pertinente lembrarmos as disposições do artigo 1.004<sup>81</sup> e 1.030<sup>82</sup>, que possibilitam a responsabilização pelos danos emergentes da mora, ou até a exclusão, daquele que não cumpre com as suas obrigações, bem como, a disposição do artigo 1.002<sup>83</sup>, que expressa a impossibilidade de um sócio delegar a totalidade de suas atribuições à outra pessoa.

No que diz respeito à necessidade de determinação da prestação do sócio de serviço, o balizamento legal se encontra no artigo 997<sup>84</sup>.

Por esta disposição normativa é obrigatória a expressão, no contrato constitutivo da sociedade, do tipo de serviço que será realizado, não bastando, portanto, que se faça referência apenas à existência do sócio de serviço. É dizer: têm-se que determinar a atividade a ser realizada. Em o sócio realizando outras atividades que não as convencionadas, nada poderá reclamar no âmbito societário e nem no trabalhista, visto que há impossibilidade de alguém ser sócio e empregado ao mesmo tempo.

Em relação à distribuição dos lucros, a base normativa assenta-se no artigo 1.007<sup>85</sup>, segundo o qual, em não havendo convenção em sentido

---

<sup>81</sup> *Art. 1.004* – Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora. Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031.

<sup>82</sup> *Art. 1.030* – Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

<sup>83</sup> *Art. 1.002* – O sócio não pode ser substituído no exercício das suas funções, sem o consentimento dos demais sócios, expresso em modificação do contrato social.

<sup>84</sup> *Art. 997* – A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: V – as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; VII – a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas.

<sup>85</sup> *Art. 1007* – Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

contrário, os sócios de serviço participam dos lucros “*na proporção da média do valor das quotas*”.

A redação dada pelo legislador à norma supra não é clara, requerendo certo esforço de interpretação, tendo em vista que se deixou injulgado como se faz a média mencionada. Não obstante, propicia o texto confusão também quanto ao termo “*valor das quotas*”, pois cada quota já tem o seu valor determinado.

Primeiramente, há de se considerar que o sócio de serviço não possui quotas como o sócio capitalista, mas, sim, um vínculo de prestação de atividade determinada que se protraí no tempo indeterminadamente.

Partindo-se destas considerações, bem como do método analítico que considera o todo da legislação e das causas, acima expostas, que engendram a figura do sócio de serviços, sem, ainda, desconsiderar a análise histórica do desenvolvimento do instituto, faz-se correto considerar uma participação nos lucros, para este tipo de sócio, adequada às atividades que desempenha. Mas como estabelecer tal adequação? Como auferir o quanto vale a contribuição?

Mas antes de responder a estas perguntas, é preciso explicitar o que acontece no caso de omissão da determinação da relação atividade-participação nos lucros, situação prevista pelo legislador no artigo 1.007 do Código Civil.

No caso de omissão quanto à referida participação parece correta a interpretação de que o sócio de serviço ganhará como se a sua participação na sociedade fosse correspondente a um percentual ideal resultante, em última instância, do rateio igualitário do capital conforme o número total de sócios

(de serviço e detentores de capital) causando situação inusitada nas relações dentro da sociedade<sup>86</sup>.

Veamos um exemplo que concretiza esta situação criada pelo Código Civil. Imagine uma sociedade composta por 3 sócios, sendo o sócio “A” de serviço e os sócios “B” e “C” detentores de quotas de capital no importe, respectivamente, de R\$ 5.000,00 e R\$ 15.000,00, totalizando um capital social de R\$ 20.000,00. Houve lucro de R\$ 10.000,00 e o contrato constitutivo da sociedade é omissivo em relação à participação dos sócios nos lucros. A pergunta é: Qual o montante, do lucro auferido, que cabe a cada sócio?

A expressão “*média do valor das quotas*” significa, literalmente, a soma das quotas existentes dividida pelo número de sócios detentores de quotas patrimoniais. Assim, a média consiste no valor de R\$ 10.000,00 ( $R\$ 5.000,00 + R\$ 15.000,00 / 2$ ). No entanto, ainda há de se considerar o termo “*proporcional*”, que significa, em porcentagem, o quanto que os tais R\$ 10.000,00 representam em relação ao resultado da sua soma com o capital social total, o que, no caso, é 33,3%.

Após os cálculos, o diagnóstico da situação construída pelo Código é o seguinte: o sócio de serviço “A” terá direito a receber de lucro o montante aproximado de R\$ 3.300,00 e os sócios “B”, que detém 25% do capital social, e “C”, que detém 75%, receberiam, respectivamente, R\$ 1.675,00 e R\$ 5.025,00!

Vê-se que o Código pautou-se fortemente na idéia, expressa no início deste artigo, de que um empreendimento comum requer a participação de todos os integrantes para a consecução de sua finalidade.

---

<sup>86</sup> A parte revogada do Código Comercial determinava, em seu artigo 319, acerca do sócio de serviço, denominado então de sócio de indústria, que “Na falta de declaração no contrato, o sócio de indústria tem direito a uma quota nos lucros igual à que for estipulada a favor do sócio capitalista de menor entrada”.

No entanto, a configuração valorativa do mundo capitalista ainda reserva maior importância ao elemento do capital e, portanto, na prática, torna-se conveniente, para a viabilidade do negócio, a determinação, no contrato social, da parte dos lucros que cabe ao sócio de serviço.

O método mais simples para se fazer esta determinação parece consubstanciar-se na atribuição de porcentagens, definida em conjunto pela totalidade dos sócios, na participação dos lucros. Mas, em não havendo supressão de participação e não se estabelecendo disposição que atente contra normas do nosso direito positivo, podem ser adotadas inúmeras formas para determinar atribuição de lucros, inclusive para os sócios capitalistas.

Em relação à participação em deliberações, devemos nos debruçar sobre o artigos 999<sup>87</sup>, que diz respeito às modificações no contrato social, e sobre o 1.010<sup>88</sup>, que diz respeito à administração da sociedade, ambos do Código em apreço.

Segundo o primeiro artigo, modificações contratuais que alterem substancialmente a estrutura básica da sociedade, que são as previstas no artigo 997<sup>89</sup>, dependem do consentimento de todos os sócios, incluindo-se nesta totalidade, portanto, o sócio de serviço, o que, consoante as idéias supra

---

<sup>87</sup> Art. 999 – As modificações do contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime. Parágrafo Único. Qualquer modificação do contrato social será averbada, cumprindo-se as formalidades previstas no artigo antecedente.

<sup>88</sup> Art. 1010 – Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

<sup>89</sup> Art. 997 – A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato.

tecidas acerca da noção contemporânea de empreendimento comum que vem cada vez mais se solidificando em nossa cultura, faz muito sentido.

No entanto, o artigo 1.010 vai em sentido contrário a esta tendência, explicitando, a primeira vista, má técnica legislativa, pois demonstra contradição à coerência da noção de sociedade simples. De acordo com este artigo, apenas os sócios que são proprietários de quotas patrimoniais possuem voz na sociedade para decidir sobre os negócios desta, como, por exemplo, a aprovação das contas da administração.

Com olhar um pouco mais detido sobre o assunto e a prática societária, talvez possamos compreender esta disposição normativa como um freio conservador que, em toda modificação, mostra-se como amortecedor dos impactos da inovação. É dizer, tal artigo vale como meio de transição para este novo modo de encarar o empreendimento comum, evitando alterações abruptas na prática que inibam a utilização da tecnologia societária acerca da qual estamos a refletir.

Após termos tecido considerações sobre a obrigação primeira do sócio de serviço e a necessidade de sua determinação, sobre a parte que a este cabe nos lucros auferidos pela sociedade e de sua participação nas deliberações, convém nos voltarmos para a sua responsabilidade perante terceiros.

Em relação a este ponto, nossa análise deve começar por uma interpretação que conjuga o artigo 1.007 com o artigo 1.023<sup>90</sup> do Código Civil.

Consoante o primeiro, acima já estudado, o sócio de serviço só participa dos lucros, e não das perdas, o que, mais uma vez, guarda relação com a idéia de temperar a sociedade simples por meio da conjugação da noção

---

<sup>90</sup> *Art. 1.023* – Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

inovadora de empreendimento comum com a noção antiga que prima pela prevalência do capital. É dizer: a amenização da responsabilidade incentiva as pessoas a quererem se tornar sócias de serviço.

Já segundo o artigo 1.023, que deve ser compreendido com base no 1.007, na insuficiência de bens da sociedade para pagar dívidas com terceiros a participação nas perdas é proporcional à participação na sociedade. Ora, o sócio de serviço é aquele que está a caminho de ser um sócio capitalista, pois, justamente, ainda lhe falta dinheiro para sê-lo, ao fazendo sentido, portanto, atribuir-lhe responsabilidade patrimonial. Pautando-se em uma análise histórica, é possível dizer que a parte revogada do Código Comercial, em seus artigos 321<sup>91</sup> e 323<sup>92</sup>, também se assenta nesta noção.

Por fim, vale fazermos uma consideração acerca da inteligência do artigo 1.003 do Código Civil, segundo a qual é obrigatório o consentimento dos demais sócios no caso de cessão total ou parcial de quota.

Tal disposição parece estar lastreada na idéia de que a sociedade simples é uma sociedade que prima pelas características pessoais de seus sócios e que, portanto, deve haver consentimento de todos os seus integrantes para a admissão de novo sócio. Ademais, justifica-se, também com base neste raciocínio, um direito de preferência na aquisição das quotas por parte das pessoas que já compõem a sociedade. Neste sentido, e reafirmando a noção de que o sócio de serviço é um potencial sócio capitalista, parece correto

---

<sup>91</sup> *Art. 321* – O sócio de indústria não responsabiliza o seu patrimônio particular para com os credores da sociedade. Se, porém, além da indústria, contribuir para o capital com alguma quota em dinheiro, bens ou efeitos, ou for gerente da firma social, ficará constituído sócio solidário em toda a responsabilidade.

<sup>92</sup> *Art. 323* – Os fundos sociais em nenhum caso podem responder, nem ser executados por dívidas ou obrigações particulares do sócio de indústria sem capital; mas poderá ser executada a parte dos lucros que lhe couber na partilha.

considerar a aplicação deste artigo também para àquela espécie de sócio. *São Paulo, 20 de outubro de 2007.*

### **3. Bibliografia**

- ASCARELLI, Túlio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Barcelona, 1964.

- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9ª ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*. 6ª ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003.

---

§

→ [Índice](#): p. 9

## IV

# A ASSOCIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL

---

SUMÁRIO: 1. Aspectos conceituais; 2. Aspectos positivo-constitucionais; 3. Aspectos positivo-civilistas; 4. Bibliografia; 5. Notas

---

### 1. Aspectos conceituais

O direito de associação, em sentido técnico estrito, assenta-se no direito das pessoas se agruparem, de modo perene, com vistas a viabilizar a realização de empreendimento comum, previamente determinado, cuja finalidade careça do caráter de obtenção de lucro para os associados e cuja estrutura patrimonial seja constituída pelos membros.

Desta definição, podemos apreender que, como fator constitutivo da base do direito de associação, está o direito de reunir-se de modo permanente com exclusividade.

Ou seja, um grupo de pessoas que se reuniu com o objetivo de fomentar certa atividade tem o direito de escolher as pessoas que o integrará no futuro. O reconhecimento da possibilidade de diferenciação, portanto, mostra-se como o alicerce deste tipo de agrupamento humano.

É importante atentar que um empreendimento comum consiste na dação de esforços para se alcançar uma finalidade por todos almejada. Empreender é realizar uma atividade, elemento este que vincula ao associado uma tarefa, uma contribuição, que acaba por se explicitar juridicamente como relação obrigacional.

Note-se que são dois os elementos de um empreendimento comum com forma de Associação: a atividade meio e a finalidade, sendo que, ao contrário deste elemento, não se exige do primeiro ausência de aspectos econômicos.

Neste sentido, torna-se possível a existência de uma atividade meio, ou instrumental, consubstanciada, por exemplo, na cobrança de mensalidades das pessoas as quais os serviços são prestados, contanto que não haja distribuição do dinheiro arrecadado para os associados.

Assim, o que acaba por definir a natureza da associação não é a sua atividade meio, mas sim a sua finalidade. São exemplos de escopo associativo (i) o beneficiamento mútuo de pessoas, que constituem um grupo seletivo, por meio de bens e serviços, como clubes esportivos e associações de bairro, (ii) a representação de uma categoria profissional, (iii) a organização para a disseminação de doutrinas religiosas, (iv) a promoção de serviços sociais assistencialistas na área de educação, saúde e desporto.

Vê-se, desde logo, a função social que este tipo de agrupamento de pessoas tem no mundo contemporâneo como reação a uma cultura política assentada na idéia de que o cidadão está acostumado à tutela de seus representantes para o melhoramento de suas condições.

As Organizações Não Governamentais, pela sua própria denominação, explicitam isto ao extremo. Tais associações, cujo escopo transcende a prestação de bens e serviços a seus associados (o que não exclui o caráter retro mencionado de exclusividade da associação, pois este diz respeito ao ato de

associar-se) podem ser qualificadas, inclusive, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, como dispõe o artigo 1º da Lei 9.790, de 23 de março de 1999<sup>93</sup>.

Aliás, tal lei permite, quando atendido certos requisitos que primam pela transparência na gestão, a transferência de recursos públicos para este tipo de associação, visto que esta presta serviços de grande relevância para a sociedade, suprindo, na medida do possível, as ausências de ação do poder público, que sempre está passos atrás das necessidades da população.

A noção de que as associações constituem instrumento de transformação social é tão intensa que os direitos concernentes a tal instituto foram esculpidos, pelo legislador constitucional, no artigo 5º, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Passemos, então, a analisar as disposições constitucionais que tratam da matéria.

## **2. Aspectos positivo-constitucionais**

O inciso XVII expressa que “*é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar*”. A inteligência jurídica deste dispositivo pauta-se na seguinte lógica de exclusão: em não havendo tipo

---

<sup>93</sup> Lei 9.790 – Art. 1º – Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei. § 1º – Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

penal que defina uma conduta como ilícita, toda espécie de fim é permitida. Note-se, portanto, que uma associação pode ser extinta caso haja produção de norma infraconstitucional que tipifique como ilícita a sua finalidade.

A vedação expressa do caráter paramilitar, por sua vez, assenta-se no resguardo, por parte do Estado, do monopólio do poder da força. Grupos que pudessem concorrer nesta espécie de poder, e que, portanto, fossem reconhecidos oficialmente pelos órgãos estatais, impediriam qualquer estrutura pautada em um poder soberano. Por isto, aliás, o combate ao crime organizado, que mina a crença no poder do Estado para a solução de conflitos quando com Ele concorre no estabelecimento das normas atinentes a determinado território.

O inciso XVIII, por sua vez, expressa que *“a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”*.

Parece que podemos compreender esta disposição à luz da noção mais antiga de liberdade individual, que se consubstancia na ausência de ações, por parte da comunidade, que interfiram diretamente na vida privada das pessoas. A idéia é a de que a abstenção do Estado funciona como garantia de que o indivíduo não será oprimido pelo ente que, por definição, o deve proteger.

Se, por um lado, o primeiro inciso citado, dá prevalência para a esfera pública, por outro, o segundo dá prevalência para a esfera privada. Tal contradição funciona como modo de balanceamento entre uma vertente republicana e uma vertente liberal, ambas arraigadas no espírito constitucional.

Já o inciso XIX da Constituição Federal, ao dizer que *“as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”*

explicita um mecanismo de segurança jurídica que corrobora com a noção liberal.

Quando se dispõe no inciso XX que “*ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado*” quer-se mostrar que a Associação não se assenta apenas em uma idéia que prima pela coletividade, mas, também, que prima pelo resguardo da individualidade. Mais uma vez, explicita-se um mecanismo de segurança jurídica que põe o peso no espírito liberal.

Por consistir a pessoa jurídica da associação uma extensão, um reflexo, da vontade individual de cada associado de ver um determinado empreendimento comum realizado, o legislador constitucional garantiu a possibilidade de representação desta vontade por aquele ente, conforme se pode apreender do inciso XXI: “*as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente*”.

### **3. Aspectos positivo-civilistas**

Considerando a hierarquia normativa e a exposição conceitual tecida no item I deste artigo, a análise do Código Civil se voltará apenas para os temas que acima não foram expressos.

O Parágrafo Único do artigo 53 explicita que “*não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos*”. Deste texto, parece correto compreender, à primeira vista, que a relação obrigacional se dá de modo vertical, ou seja, do associado para com a associação, e não de modo horizontal, de associados para com associados.

Esta é a interpretação que deve ser utilizada para operacionalização técnica jurídica concernente a responsabilidade. No entanto, do ponto de vista

ético, é sempre bom lembrar que em um empreendimento comum todos são responsáveis, inclusive, uns perante os outros. É dizer, toda falta cometida por um associado causa, indiretamente, reflexo nos outros associados.

Os elementos constitutivos de uma Associação, portanto, necessários sob pena de nulidade do seu Estatuto, estão enumerados no artigo 54 e são: I - a denominação, os fins e a sede da associação; II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; III - os direitos e deveres dos associados; IV - as fontes de recursos para sua manutenção; V - o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução. VII - a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.

Em relação à destituição dos administradores e a modificações estatutárias, o artigo 59 estabelece exclusividade à assembléia geral, o que encontra lastro no princípio isonômico que deve permear a Associação, visto que tais alterações trazem conseqüências para todos os associados.

Como o Parágrafo Único deste artigo diz ser necessária a convocação de assembléia especialmente para estes fins, parece certo considerar que estas matérias só podem ser objeto de Assembléia Geral Extraordinária, devendo as mesmas ser expressas no edital de convocação. Já o quorum requerido para instalação e aprovação, bem como os critérios de eleição dos administradores, podem ser, de acordo com a lei, definidos livremente pelos associados no Estatuto.

Já no que diz respeito ao funcionamento dos órgãos deliberativos, cumpre salientar que, por força do artigo 60, a convocação se dará na forma do Estatuto, havendo, assim, liberdade dos associados para estabelecerem seus critérios. No entanto, a lei garante poder de convocação, independentemente do avençado no Estatuto, para 1/5 (um quinto) dos associados, diminuindo, assim, as chances de monopólio por um grupo qualquer.

O artigo 55 expressa que “*os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais*”. Por meio de uma interpretação sistemática, torna-se correto pensar que a regra, quando não há disposição expressa em contrário, é de que todos os associados possuem os mesmos direitos.

Esta equalização parece encontrar sentido na idéia de que a hierarquia estabelecida, por exemplo, pela definição dos cargos de diretores, serve tão somente para a viabilidade operacional, sendo o associado dirigente um *primus inter pares*, ou seja, o primeiro entre os pares. O dirigente, antes de tudo, é eleito para expressar a vontade do conjunto dos associados, estando a esta subordinado.

Ademais, há de se notar que a possibilidade de diferenciação é reservada a uma categoria, e não a um indivíduo, o que reforça a noção retro.

Ainda em apreço a figura do associado, tem-se o artigo 56, que ao dizer que “*a qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário*”, traz à tona a pessoalidade como característica primária desta figura jurídica, sendo a substituição de uma pessoa por outra, por meio da transferência da qualidade de associado, *causa mortis* ou *inter vivos*, exceção que deve ser expressa no Estatuto. É interessante estar atento que a Associação sempre está permeada por um caráter demasiadamente sentimental de seus associados.

Em complemento a esta perspectiva, dispõe o Parágrafo Único do artigo 56: “*Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto*”.

Quanto à exclusão de associado, deve-se atentar para a necessidade de haver justa causa e direito de defesa e de recurso em procedimento próprio, sendo que todos estes elementos devem ser previstos no Estatuto, conforme estabelece o artigo 57.

Visando fidelidade a essência da Associação, parece conveniente que a defesa e o recurso sejam objeto de deliberação em Assembléia Geral Extraordinária, mas como o legislador não previu nada a respeito, ficam tais procedimentos a cargo das disposições estatutárias.

Por fim, cumpre a análise do balizamento normativo do evento de dissolução da Associação, consubstanciado no artigo 61.

Segundo tal norma, após auferir-se o remanescente do patrimônio líquido da Associação, ou seja, após ter-se adimplido eventuais débitos existentes, devolvem-se os valores correspondentes às quotas ou frações ideais do patrimônio da Associação aos associados que as possuam, se estes existirem. Após, por disposição estatutária ou por deliberação, pode-se restituir as contribuições feitas pelos associados ao longo da existência da Associação.

O montante que sobrar, depois de feitas as operações supra (que podem ou não acontecer), possui como destino “*entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes*” e, “*não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União*”. Ou seja, há um forte interesse público em continuar com os serviços ou bens prestados pela Associação, já que, em muitos casos, principalmente no de ONGs, tais entidades servem

como instrumento de melhoria das condições sociais da população. São Paulo, 23 de outubro de 2007.

#### **4. Bibliografia**

- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Saraiva, 1967

- CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

---

§

→ [Índice](#): p. 9

## V

# LAW & ECONOMICS. O MICROCRÉDITO E A SOCIEDADE DE CRÉDITO AO MICROEMPREENDEDOR. FUNDAMENTOS SÓCIO-ECONÔMICOS E ELEMENTOS OPERACIONAIS E CONSTITUTIVOS CONFORME O DIREITO POSITIVO LEGAL E REGULAMENTAR.

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Microcrédito e a Sociedade de Crédito ao Microempreendedor como instrumentos de transformação social; 3. A política econômica para o microempreendedorismo; 4. Mensuração das microfinanças no Brasil; 5. A Sociedade de Crédito ao Microempreendedor e seus elementos constitutivos nos quadrantes do direito positivo legal e regulamentar; 5.1. Objeto Social; 5.2. Forma Societária; 5.3. Denominação Social; 5.4. Controle Societário; 5.5. Capital Social Mínimo e outras seguranças de liquidez; 5.6. Postos de Atendimento; 5.7. PNMPO; 5.8. Autorizações junto ao Banco Central; 5.9. Transferência de Controle Societário e Reorganização Societária; 5.10. Cancelamento de Autorização para Funcionamento, a pedido; 5.11. Processos junto ao Banco Central; 6. O microcrédito e seus elementos operacionais nos quadrantes do direito positivo legal e regulamentar; 6.1. Controle do Banco Central; 6.2. Crédito para quem?; 6.3. Taxas e valores; 6.4. Garantias; 6.5. Contornos do microcrédito no PNMPO; 7. Conclusão: Law & Economic; 8. Bibliografia.

---

## 1. Introdução

É fato notório que a dificuldade de captação de crédito formal por parte do microempreendedor aumenta demasiadamente as chances de seu negócio fracassar.

Sem recursos financeiros que propiciem a construção de uma estrutura básica e sustentável para a viabilização do escopo negocial, o microempreendedor encontra-se impossibilitado de levar adiante seu projeto, o que reduz a circulação do capital no ambiente econômico da comunidade da qual faz parte, dificultando o desenvolvimento da sociedade como um todo.

Explicitar os fundamentos sócio-econômicos por meio da apreensão do direcionamento político dado à questão, bem como refletir sobre os elementos que constituem a sociedade de microcrédito e sobre os elementos operacionais do contrato de microcrédito, são os objetivos deste artigo.

Para tanto, as seguintes normas foram analisadas:

- *Leis*: 8.029/1990; 10.194/2001, atualizada pela 11.524/2007; 10.735/2003; e 11.110/2005;

- *Resoluções do Conselho Monetário Nacional (“CMN”)*: 2.874/2001; 2.724/2000; e 3.310/2005;

- *Resolução do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (“CODEFAT”)*: 511/2006;

- *Circular do Banco Central do Brasil (“BCB”)*: 3.182/2003

## **2. O Microcrédito e a Sociedade de Crédito ao Microempreendedor (“SCM”) como instrumentos de transformação social**

O microempreendedor, ante a dificuldade de obtenção de financiamento no sistema bancário tradicional, acaba por obter crédito de modo informal (o qual, na maioria das vezes, é abusivo) para criar ou manter seu negócio. Ou seja, ao se deparar com a impossibilidade de oferecer as

garantias exigidas pelas Instituições Financeiras, para, por exemplo, sustentar um capital de giro, o microempreendedor volta-se para a tomada de empréstimo com o agiota.

De acordo com as explicações apresentadas no IV Seminário Banco Central de Microfinanças, ocorrido em 2 e 3 de junho de 2005 em Salvador, são objetivos da política de microcrédito e microfinanças (lembrando que esta acaba por englobar aquela): 1) facilitar e ampliar o acesso ao crédito entre os microempreendedores formais e informais, visando a geração de renda e trabalho; 2) facilitar e ampliar o acesso aos serviços financeiros (conta-corrente, poupança, seguros, créditos) pela população de baixa renda, garantindo maior cidadania; 3) Reduzir as taxas de juros nos financiamentos<sup>94</sup>.

A ausência de crédito que viabilize o micronegócio ocasiona dificuldade no desenvolvimento e sustentabilidade da própria economia do local em que se encontra o microempreendedor, pois impede a circulação.

Gerar ocupação e renda para as parcelas mais carentes da sociedade, que são parcelas que possuem extrema dificuldade de inserção no mercado de trabalho, é um modo de inseri-las no convívio social enquanto agentes influenciadores do sistema econômico, pois, ao produzirem, também consomem. Lembrando-se, contudo, que não devemos desconsiderar a necessidade de ações governamentais educacionais paralelas à concessão de microcrédito, como a capacitação técnica-profissional.

A multiplicação da potencialidade de troca, ocasionada pelo aumento da participação de novos agentes produtores e consumidores que utilizam microcrédito, explicita-se como mecanismo de justiça no desenvolvimento do capitalismo.

---

<sup>94</sup> <http://www.BCBb.gov.br/pre/SeMicro4/Palestras/Gilson.ppt#339,4>, Objetivos da política de microcrédito e microfinanças – página acessada em 14 de novembro de 2007.

Não obstante, a circulação dos bens monetários é geralmente mais eficiente quando é regulada, o que não acontece no ambiente informal do microempreendedor.

Regular um mercado não significa apenas combater concentração de poder excessiva que dificulte a concorrência sadia, mas, também, significa estimular o fortalecimento do mercado ao inserir neste variáveis de incentivo à determinados nichos deficitários<sup>95</sup>, como, por exemplo, condições especiais em financiamentos.

A regulação de um mercado de microcrédito carrega sua importância enquanto instrumento político-jurídico de transformação social que modela a economia, evitando abusos na busca de diminuição da pobreza.

Neste sentido, tornou-se a justiça, enquanto redistribuição material, fonte essencial de eficiência para Economia.

Também é importante que estejamos atentos para o fato de que a arrecadação tributária do Estado pode aumentar com a formalização dos empreendimentos e relações mercantis. É dizer: a inexistência no mundo jurídico-formal impede a visualização dos fatos geradores pelo Estado e, conseqüentemente, impede a subsunção destes às hipóteses de incidência tributária.

---

<sup>95</sup> Segundo Otavio Yazbek, "...ao se tratar de regulação de atividades bancárias, securitárias e de mercados de capitais, se está tratando de campos tipicamente explorados por agentes privados e que, desde sempre, foram objeto de regulamentação de controle pelo Estado. Trata-se de campos em que, conforme a classificação adotada por Grau (1998a, p. 146 e ss.), se desenvolve 'atividade econômica em sentido estrito', em que o Estado não tende a atuar diretamente, mas sobre a qual ele pode intervir. Tal intervenção se dá predominantemente por 'direção', ou seja, pelo estabelecimento de 'mecanismos e normas de comportamento compulsório' para os agentes que ali operam. Ao lado dessa intervenção por direção, o Estado também pode intervir por 'indução', criando estímulos aos agentes e procurando, assim, direcionar as atividades destes a partir de mecanismos premiais." (YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 179).

Assim, redistribuição material por meio de créditos com condições especiais à classe de baixa renda parece mostrar-se como um bom caminho para a aceleração do processo de desenvolvimento econômico.

### **3. A política econômica para o microempreendedorismo**

Primeiramente, há de se atentar para o Artigo 170, Incisos VII e IX, da Constituição Federal, segundo o qual são princípios gerais da atividade econômica a “*redução das desigualdades regionais e sociais*” e o “*tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no Brasil*”.

Partindo destas premissas, passemos, então, a analisar a legislação infraconstitucional com vistas a compreender os movimentos estratégicos do Estado para a melhoria do bem-estar da população.

O Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa (“CEBRAE”), de acordo com o Artigo 9º, da Lei 8.029/1990, é o órgão que deve “*planejar, coordenar e orientar programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial e tecnológica*”.

A Lei 8.029/1990, ao desvincular da Administração Pública Federal o CEBRAE, mediante sua transformação em serviço social autônomo, estabeleceu, em seu Artigo 8º, § 3º, que para atender à execução das políticas de apoio às micro e às pequenas empresas, de promoção de exportações e de desenvolvimento industrial, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (“SENAI”), ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (“SENAC”), ao Serviço Social da Indústria (“SESI”) e ao Serviço Social do Comércio (“SESC”) de três décimos por cento a partir de 1993.

Tal adicional será arrecadado e repassado mensalmente pelo órgão ou entidade da Administração Pública Federal ao CEBRAE, ao Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil (“APEX-BRASIL”) e ao Serviço Social Autônomo Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (“ABDI”), na proporção, respectiva, de 85,75%, 12,25% e 2%.

A lógica do poder de controle do CEBRAE, que é aquilo que direcionará os recursos arrecadados, pauta-se na representação, através de mandatos não remunerados de 2 anos no Conselho Deliberativo, de entidades nacionalmente constituídas pelas micro e pequenas empresas da indústria, do comércio e serviços, e da produção agrícola.

Segundo a Lei 8.029/1990, a gestão da maior parte dos recursos arrecadados cabe ao Conselho Administrativo. Além disso, é deste órgão que saem as decisões que elegem a Diretoria Executiva do CEBRAE, composta por um Presidente e dois Diretores.

A Lei retro, em seu Artigo 11º, também dispõe sobre a destinação dos recursos, a qual se dará do seguinte modo:

1) 40% serão aplicados nos Estados e no Distrito Federal, sendo metade proporcionalmente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (“ICMS”) e o restante proporcionalmente ao número de habitantes, de acordo com as diretrizes e prioridades regionais estabelecidas pelos serviços de apoio às micro e pequenas empresas;

2) 50% serão aplicados de acordo com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Deliberativo;

3) até 5% serão utilizados para o atendimento das despesas de custeio do serviço social autônomo do CEBRAE;

4) 5% serão utilizados para o atendimento das despesas de custeio dos serviços de apoio às micro e pequenas empresas.

Associado ao repasse de recursos, é possível apreender a preocupação com a sustentabilidade do empreendimento que, pode-se dizer, assenta-se na idéia de uma pedagogia econômica, expressa na inteligência do §1º do artigo retro mencionado: *“os recursos a que se refere este artigo, que terão como objetivo primordial apoiar o desenvolvimento das micro e pequenas empresas por meio de projetos e programas que visem ao seu aperfeiçoamento técnico, racionalização, modernização, capacitação gerencial, bem como facilitar o acesso ao crédito, à capitalização e o fortalecimento do mercado secundário de títulos de capitalização dessas empresas,...”*.

E, consoante o § 2º, do artigo 11, os projetos que visem facilitar o acesso ao microcrédito podem ser efetivados:

1) através da destinação de aplicações financeiras, em agentes financeiros públicos ou privados, para lastrear a prestação de aval parcial ou total, ou fiança, nas operações de crédito destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte; para lastrear a prestação de aval parcial ou total, ou fiança, nas operações de crédito e aquisição de carteiras de crédito destinadas a SCM, e a organizações da sociedade civil de interesse público (“OSCIP”) que se dedicam a sistemas alternativos de crédito; e para lastrear operações no âmbito do Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (“PNMPO”);

2) através da aplicação de recursos financeiros em agentes financeiros, públicos ou privados, OSCIPs que se dedicam a sistemas alternativos de crédito, ou SCM;

3) através da aquisição ou integralização de quotas de fundos mútuos de investimento no capital de empresas emergentes que destinem à capitalização das micro e pequenas empresas, principalmente as de base tecnológica e as exportadoras, no mínimo, o equivalente à participação do

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (“SEBRAE”) nesses fundos, observando-se que a participação não poderá ser superior a 50% do total das quotas desses mesmos fundos; e

4) através da participação no capital de entidade regulada pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) que estimule o fortalecimento do mercado secundário de títulos de capitalização das micro e pequenas empresas.

Em 2005, entrou em vigor a Lei 11.110/2005, cujo escopo consiste em incentivar a geração de trabalho e renda entre os microempreendedores populares, especificamente, disponibilizando recursos para o microcrédito produtivo orientado.

São recursos destinados ao Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (“PNMPO”) os provenientes do Fundo de Amparo ao Trabalhador (“FAT”) e da parcela dos recursos de depósitos a vista destinados ao microcrédito.

Em relação a tais recursos de depósitos, a Lei 10.735/2003 estabeleceu a sua obrigatoriedade, cuja regulamentação se deu pela Resolução 3.310/2005 do CMN, em seu Artigo 1º, segundo o qual *“os bancos múltiplos com carteira comercial, os bancos comerciais e a Caixa Econômica Federal devem manter aplicados em operações de microcrédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores, valor correspondente a, no mínimo, 2% (dois por cento) dos saldos dos depósitos à vista captados pela instituição”*.

No entanto, para o cálculo desta exigibilidade desconsideram-se:

1) os depósitos à vista captados por instituições financeiras públicas federais e estaduais dos respectivos governos e de autarquias e de sociedades de economia mista de cujos capitais participem majoritariamente os respectivos governos; e

2) os depósitos à vista captados pelas instituições financeiras públicas estaduais titulados por entidades públicas municipais da respectiva unidade federativa.

Segundo a Lei 11.110/2005, podem operar no PNMPO, com recursos oriundos do FAT, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Nacional (“BNDES”) e o Banco do Brasil S.A. (BB), e com a parcela dos recursos oriundos de depósitos bancários à vista, os bancos comerciais, os bancos múltiplos com carteira comercial e a Caixa Econômica Federal (“CEF”).

Podem atuar como repassadores de recursos do FAT, os bancos de desenvolvimento, as instituições financeiras dedicadas ao financiamento de capital fixo e de giro associado a projetos no país (agências de fomento) e os bancos cooperativos e as centrais de cooperativas de crédito.

E, consoante a mesma Lei, são consideradas instituições de microcrédito produtivo orientado (“IMPO”) as cooperativas singulares de crédito, a SCM, a OSCIP e as agências de fomento.

São as instituições retro que também permitirão, por meio do repasse de recursos, mandato ou aquisição das operações de microcrédito específicas, a atuação do BNDES, do BB, dos bancos comerciais e múltiplos com carteira comercial e da CEF, os quais deverão constituir estrutura própria para o microcrédito.

#### **4. Mensuração das microfinanças no Brasil**

Para dados estatísticos recolhidos pelo BCB acerca das microfinanças no Brasil, nos anos de 2004, 2005, 2006 e 2007, acesse o seguinte arquivo:

Ou acesse diretamente o sítio do BCB: <http://www.bcb.gov.br>

## **5. A Sociedade de Crédito ao Microempreendedor (“SCM”) e seus elementos constitutivos nos quadrantes do direito positivo legal e regulamentar**

### **5.1. Objeto Social**

A Lei 10.194/2001, alterada pela Lei 11.524/2007, institui a autorização de funcionamento de SCM, que deve possuir, de acordo com o Artigo 1º, a *“concessão de financiamentos a pessoas físicas e microempresas, com vistas à viabilização de empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial, de pequeno porte, equiparando-se às instituições financeiras para os efeitos da legislação em vigor, podendo exercer outras atividades definidas pelo Conselho Monetário Nacional”*.

Segundo a norma em apreço, as SCM *“terão sua constituição, organização e funcionamento disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional”* e *“sujeitar-se-ão à fiscalização do Banco Central do Brasil”*.

Vê-se, desde logo, que o legislador reservou ao CMN certa possibilidade de modelagem das atividades que uma SCM exerce. E isto, do ponto de vista jurídico, é possível em razão deste órgão deliberativo máximo do Sistema Financeiro Nacional (“SFN”) possuir como algumas de suas principais atribuições, justamente, regular as condições de constituição, funcionamento e fiscalização das instituições financeiras, bem como estabelecer as diretrizes gerais das políticas monetária, cambial e creditícia e disciplinar os instrumentos de política monetária e cambial.

O CMN disciplinou, no Artigo 6º, da Resolução 2.874/2001, que a SCM pode realizar operação de obtenção de repasses e empréstimos oriundos

de instituições financeiras e entidades voltadas para ações de fomento e desenvolvimento, incluídas as OSCIPs, bem como obtenção de repasse e empréstimos oriundos de fundos oficiais, ressaltando que as instituições financeiras e as entidades referidas podem ser nacionais ou estrangeiras.

A SCM também pode realizar *“aplicação de disponibilidades de caixa no mercado financeiro, inclusive em depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado, observadas eventuais restrições legais e regulamentares específicas de cada aplicação”* e *“cessão de créditos, inclusive à companhias securitizadoras de créditos financeiros, na forma da regulamentação em vigor”*

Quanto aos limites de atuação, a Lei 10.194/2001 expressa que há impedimento operacional da SCM captar *“sob qualquer forma, recursos junto ao público, bem como emitir títulos e valores mobiliários destinados à colocação e oferta públicas”*, e a Resolução 2.874/2001 estabelece que é vedado às SCM conceder empréstimos para fins de consumo, contratar depósitos interfinanceiros na qualidade de depositante ou depositária e possuir participação societária em instituições financeiras e em outras instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Para cada uma destas limitações há um motivo, que se converte na finalidade, já expressa, de segurança da continuidade e desenvolvimento da SCM, bem como também há motivos (finalidades) de controle do consumo, de circulação da moeda e de pedagogia econômica.

Em relação à Resolução 2.874/2001, a proibição quanto à concessão de empréstimos para fins de consumo parece possuir como causa a prudência em não colocar à disposição de pessoas, que não estão acostumadas ao consumo de certos bens extremamente sedutores, crédito ilimitado de aquisição. Muito consumo acaba por modificar em demasia os preços dos produtos, desregulando a harmonia entre a demanda e oferta. É dizer: a circulação da moeda precisa ter uma aceleração graduada e não abrupta.

Outras proibições da Resolução corroboram com a noção de que o foco da política econômica que engendra esta lei consiste na produção material e não na produção financeira. O capitalismo, em seu desenvolvimento, possui fases. Assim, é preciso primeiro desenvolver um solo que sustente a produção financeira.

## **5.2. Forma Societária**

O § 1º, da Resolução 2.874/2001 do CMN, estabelece a forma constitutiva da SCM, a qual pode operar como companhia fechada ou como sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

## **5.3. Denominação Social**

Em relação à denominação social, estabelece o § 2º, da Resolução retro, que a expressão “*Sociedade de Crédito ao Microempreendedor*’ deve constar da denominação social das sociedades de que trata o caput, vedado o emprego da palavra ‘banco’”.

## **5.4. Controle Societário**

No que diz respeito ao controle societário, a Resolução 2.874/2001, em seu Artigo 4º, estabelece que é vedada qualquer forma de participação do setor público no capital de SCM.

Ademais, a referida Resolução permite que, após prévia autorização do BCB, tal controle seja exercido por OSCIP constituída, observados os seguintes requisitos:

1) que tais Organizações desenvolvam atividades de crédito compatíveis com o objeto social das sociedades de crédito ao microempreendedor;

2) que não confirmam ao setor público qualquer poder de gestão ou de veto na condução de suas atividades.

Estas disposições parecem encontrar ressonância na noção de que a Sociedade Civil deve possuir uma atuação mais intensa nas transformações sociais, havendo, assim, transferência de responsabilidade, como, também encontram ressonância, na noção de que a economia possui uma zona de independência da intervenção do poder público.

### **5.5. Capital Social Mínimo e outras seguranças de liquidez**

A Resolução 2.874/2001, em seu Artigo 5º, estabelece mecanismos que asseguram a liquidez mínima para um nível básico de operacionalidade da SCM, ou seja, mecanismos que propiciam perspectiva sólida de continuidade e desenvolvimento.

Por um lado, o Estado obriga a pulverização do risco de inadimplência por meio do estabelecimento de um limite máximo de R\$ 10.000,00 por cliente nas suas operações de crédito e de prestação de garantia.

Por outro lado, o Estado obriga o respeito a um limite mínimo de capital e patrimônio líquido de R\$ 100.000,00 cada (o que constitui o controle sobre o ativo da Sociedade), bem como o Estado obriga o respeito a um limite de endividamento de, no máximo, 5 vezes o respectivo patrimônio líquido (o que constitui o controle sobre o passivo da Sociedade).

E tal endividamento é constituído pelas obrigações do passivo circulante somadas as coobrigações de crédito e prestação de garantias, não se contabilizando as aplicações em títulos federais.

Note-se que estes são os padrões básicos para o funcionamento da SCM de acordo com o que o Estado entende como a melhor forma de manter a saúde administrativo-financeira da mesma.

Por conseqüência, podemos dizer que certos mecanismos de administração são impostos legalmente e que, assim, a norma dita o modo de tomar decisões.

Não obstante, devido as constantes mudanças inerentes ao mercado, a Resolução 2.784/2001, em seu Artigo 10º, reservou a possibilidade do BCB alterar os montantes referentes ao limite de endividamento e ao limite de crédito por pessoa.

## **5.6. Postos de Atendimento**

Visando auxiliar o microempreendedor a realizar operações de microcrédito, a Resolução 2.874/2001 do CMN criou o Posto de Atendimento de Microcrédito (“PAM”).

O Artigo 8º expressa as características que um PAM deve ter:

1) instalação física em Instituições Financeiras que operem com o microcrédito;

2) movimento diário incorporado à contabilidade da sede ou de qualquer agência da instituição;

3) comunicação ao Banco Central, no prazo máximo de cinco dias úteis, da criação e encerramento de PAM.

É importante salientar que, para instalação do posto:

1) não é exigido aporte de capital realizado e patrimônio líquido da instituição financeira;

2) que o PAM pode ser fixo ou móvel, permanente ou temporário, admitindo-se a utilização de instalações cedidas ou custeadas por terceiros; e

3) que o horário de funcionamento pode ser livremente fixado pela instituição financeira.

Vê-se, assim, que se reservou grande facilidade para a disseminação do microcrédito.

Cabe também observar que, consoante a Circular 3.182/2003 do BCB, a instalação, mudança de endereço e encerramento de PAM devem ser registradas no Sistema de Informações sobre Entidades de interesse do BCB (“Unicad”).

## **5.7. PNMPO**

No âmbito do PNMPO, a regulamentação, além de ser feita pelo CMN, também o é pelo CODEFAT, quando os recursos advém do FAT.

Assim, para uma SCM operar com os recursos deste Programa, quando oriundos do FAT, faz-se necessário, segundo a Resolução 511/2006 do CODEFAT:

1) Cadastro e termo de compromisso no Ministério do Trabalho e Emprego;

2) plano de trabalho dos agentes de intermediação dos recursos (que podem ser Bancos de Desenvolvimento, Cooperativos, Central de Cooperativa de Crédito e Agentes de Fomento) aprovado pela Instituição Financeira Operadora do PNMPO;

3) ausência de inscrição no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados (“CADIN”), ou inadimplente perante qualquer órgão da Administração Pública Federal Direta ou Entidades Autárquicas ou Fundacionais e, especialmente, para com o Fundo de Garantia por Tempo de

Serviço (“FGTS”), o Instituto Nacional do Seguro Social (“INSS”), e com os Programas de Integração Social (“PIS”) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (“PASEP”).

## **5.8. Autorizações junto ao BCB**

De acordo com a Resolução 2.874/2001, Artigo 10º, o BCB pode estabelecer as condições para autorização e funcionamento de SCM.

São atos societários que dependem de prévia autorização:

- 1) autorização e cancelamento para operar;
- 2) transferência de controle;
- 3) reorganização societária por fusão, cisão, incorporação ou mudança do objeto social;
- 4) reforma do estatuto social ou alteração do contrato social;
- 5) eleição e/ou nomeação de membros de órgãos estatutários.

Consoante a Circular 3.182/2003, do BCB, para se ter analisado os pedidos de autorização para funcionamento de SCM é necessário o cumprimento dos seguintes requisitos:

- 1) realização do ato societário de constituição, na forma da lei;
- 2) integralização e recolhimento ao BCB do capital social em montante equivalente a, pelo menos, o valor do capital e patrimônio líquido mínimos estabelecidos para a instituição, na forma da regulamentação em vigor;

3) eleição/nomeação dos membros dos órgãos estatutários, na forma da regulamentação em vigor.

### **5.9. Transferência de Controle Societário e Reorganização Societária**

A Circular retro mencionada estabelece que a transferência de controle societário e a reorganização societária de SCM devem ser notificadas ao BCB no prazo de 15 dias contados da data do respectivo ato, deliberação ou evento (como contrato de compra e venda), e terem seus pedidos protocolizados com justificativa fundamentada para a operação.

É importante estar atento que qualquer mudança, direta ou indireta, no grupo de controle, com poder de implicar alteração na ingerência efetiva nos negócios, decorrentes de acordo de acionistas ou quotistas, herança e atos de disposição de vontade (como doação e constituição de usufruto) e ato, isolado ou em conjunto, de qualquer pessoa, física ou jurídica, ou grupo de pessoas representando interesse comum, também devem ser notificadas ao BCB.

No caso de assunção de controle societário por OSCIP é necessária a apresentação do certificado de qualificação desta.

### **5.10. Cancelamento de Autorização para Funcionamento, a pedido**

Segundo a Circular 3.182/2003, do BCB, para que haja o processamento do pedido de cancelamento de autorização para funcionamento de SCM, é necessário a realização de ato societário de extinção ou mudança do objeto social que descaracterize a instituição como sociedade integrante do sistema financeiro, com a subsequente instrução do processo junto ao BCB no prazo de 30 dias, contados da data da realização do ato.

É preciso, ainda, observar que, no caso de controle societário por OSCIP, fica vedada a transformação em outro tipo de instituição financeira ou instituição autorizada a funcionar pelo BCB.

### **5.11. Processos junto ao Banco Central**

De acordo com a Circular 3.182/2003, do BCB, para se obter autorização para funcionamento, realizar transferência de controle societário e reorganização societária de SCM, deve-se:

1) protocolizar solicitação no BCB direcionada ao componente do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (“Deorf”) da área de jurisdição da sede da instituição;

2) expor, quando solicitado, as características do projeto em reunião a ser realizada no BCB;

3) demonstrar que os controladores diretos e indiretos detêm capacidade econômico-financeira compatível com o empreendimento, mediante apresentação, no mínimo, de balanços patrimoniais e/ou cópias de declarações do imposto de renda;

4) comprovar a origem e respectiva movimentação financeira dos recursos utilizados no empreendimento pelos controladores;

5) apresentar declaração, firmada pelos controladores, relativa à inexistência de restrições que possam afetar sua reputação;

6) autorizar, expressamente:

a) a Secretaria da Receita Federal a fornecer ao BCB cópia da declaração

de rendimentos, de bens e direitos e de dívidas e ônus reais, relativa aos 3 últimos exercícios, para uso exclusivo no respectivo processo de autorização;

b) o BCB a acessar informações a seu respeito constantes de qualquer sistema público ou privado de cadastro e informações.

## **6. O microcrédito e seus elementos operacionais nos quadrantes do direito positivo legal e regulamentar**

Com vistas a operacionalizar com maior flexibilidade o microcrédito, a Lei 10.735/2003 atribuiu ao CMN a regulamentação do crédito, no concernente, por exemplo, aos critérios para o enquadramento dos microempreendedores, a taxa de juros máxima para os tomadores de recursos, o valor máximo da taxa de abertura de crédito, o valor máximo do crédito por cliente, o prazo mínimo das operações, dentre outras matérias.

De acordo com a inteligência do Artigo 2º, § Único, da Resolução 2.874/2001, do CMN, os financiamentos e as garantias podem ser realizados pela própria SCM ou via contrato de prestação de serviços, em nome de instituição autorizada a conceder empréstimos.

### **6.1. Controle do BCB**

No que diz respeito à constante prestação de informações ao Estado, a SCM deve alimentar o sistema Central de Risco de Crédito, instituído pela Resolução 2.724/2000, do CMN, com dados sobre os montantes dos débitos e responsabilidades por garantias dos tomadores de crédito.

Segundo a Resolução 3.310/2005, Artigo 8º, Inciso III, o BCB está autorizado a requisitar informações acerca das operações de microcrédito destinadas à população de baixa renda e ao empreendedorismo.

### **6.2. Crédito para quem?**

A Resolução 2.874/2001, do CMN, expressa que a SCM pode conceder financiamentos e prestar garantias tanto a pessoas físicas que buscam viabilizar empreendimentos de pequeno porte, quanto pessoas jurídicas, as quais deverão, obrigatoriamente, ser classificadas como microempresas.

Mas os contornos da operação de microcrédito são mais bem definidos na Resolução 3.310/2005, do CMN, segundo a qual se consideram operações de microcrédito aquelas realizadas com:

1) pessoas físicas, detentoras de contas especiais de depósitos de que trata a Resolução 3.211/ 2004, ou titulares de outras contas de depósitos que, em conjunto com as demais aplicações por elas mantidas na instituição financeira, tenham saldo médio mensal inferior a R\$1.000,00 (mil reais);

2) pessoas físicas, para viabilizar empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial, de pequeno porte, e com pessoas jurídicas classificadas como microempresas na forma da legislação e regulamentação em vigor;

3) pessoas físicas de baixa renda, detentoras ou não de depósitos e de aplicações financeiras de pequeno valor, que se enquadrem no art. 3º, inciso I, da Lei Complementar 111/ 2001 (*“famílias cuja renda per capita seja inferior à linha da pobreza, assim como indivíduos em igual situação de renda”*);

4) pessoas físicas e jurídicas empreendedoras de atividades produtivas de pequeno porte, com renda anual bruta de até R\$60.000,00 (sessenta mil reais).

### **6.3. Taxas e valores**

De acordo com o Artigo 1º, Inciso 2º, da Lei 10.735/2003, as taxas de juros efetivas serão limitadas, vedada a cobrança de quaisquer outras taxas ou despesas, à exceção de taxa de abertura de crédito, o que a Resolução 3.310/2005 reforça em seu Artigo 3º.

Segundo este, as taxas de juros efetivas não podem, em regra, exceder 2% a.m. (dois por cento ao mês), sendo permitida a taxa de 4% a.m. (quatro por cento ao mês) nas operações de microcrédito produtivo orientado, que serão abaixo tratadas.

Quanto ao valor do crédito a ser concedido, a Resolução 3.310/2005 estabelece valores conforme o tomador do crédito, que podem variar de R\$ 600,00 (seiscentos reais) até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em casos especiais.

Em relação ao prazo das operações, o mesmo não pode ser inferior a 120 dias, nos termos do Inciso III, do Artigo 3º, da Resolução retro, admitindo-se casos especiais conforme o valor da taxa de abertura de crédito determinada para cada espécie de tomador e a condição de cobrança proporcional ao prazo.

Por exemplo, pessoas físicas que buscam viabilizar empreendimentos de natureza profissional tem o valor da taxa de abertura limitado a 2% do valor do crédito concedido se a cobrança da mesma for proporcional ao prazo contratado menor de 120 dias.

Também é importante atentar que se admite o pagamento parcelado das operações.

#### **6.4. Garantias**

Com vistas a possibilitar as operações de crédito para o microempreendedor, está previsto na Lei 10.194/2001 que existe possibilidade

de utilização do instituto da alienação fiduciária para a estruturação de garantias.

Mas a Resolução 3.310/2005 amplia as possibilidades de prestação de garantia, permitindo, além da alienação fiduciária, as seguintes modalidades:

- 1) aval solidário em grupo com, no mínimo, três participantes;
- 2) fiança; e

3) quaisquer outras garantias aceitas pelas instituições financeiras. Porém, há de se observar que o Artigo 6º, § 2º da Resolução em apreço, explicita que tais garantias são alternativas.

O Artigo 7º, da Resolução 3.310/2005, expressa, ainda, que não é necessária a exigência de título de crédito adequado representativo da dívida, como nota promissória.

## **6.5. Contornos do microcrédito no PNMPO**

A SCM pode operar com microcrédito orientado mediante contrato de prestação de serviços, em nome de instituições financeiras operadoras do PNMPO, conforme Resolução 3.310/2005 do CMN.

O § 3º da Lei 11.110/2005 merece atenção especial, pois é a disposição normativa que define os contornos gerais do microcrédito no âmbito do PNMPO. De acordo com tal disposição:

- 1) deve ser utilizada metodologia baseada em relacionamento direto com os empreendedores no local onde é executada a atividade econômica;
- 2) deve ser prestada orientação educativa sobre o planejamento do negócio;

3) deve-se ter como foco o crescimento e sustentabilidade do empreendimento, sendo o contato daquele que cede o crédito com o tomador dos recursos mantido durante toda a vigência do contrato;

4) avaliação da atividade e capacidade de endividamento do tomador dos recursos são pontos básicos para a definição do valor e das condições de crédito.

Quando os recursos não são oriundos do FAT, segundo a Lei 11.110/2005, as operações de crédito no âmbito do PNMPO poderão contar com a garantia do Fundo de Aval para a Geração de Emprego e Renda (“FUNPROGER”), o que vai no sentido, dado pela mesma Lei em seu Artigo 4º, da possibilidade de se dispensar garantia real na concessão do microcrédito.

Já quando os recursos advêm do FAT, dão-se contornos específicos para as operações de microcrédito, os quais são determinados pela Resolução 511/2006 do CODEFAT, sendo os principais:

1) são itens financiáveis os bens, serviços e capital de giro essenciais ao empreendimento, inclusive Taxa de Abertura de Crédito (“TAC”), e bens inafiançáveis a recuperação de capitais já investidos e pagamento de dívidas, encargos financeiros e bens destinados ao consumo, duráveis ou não duráveis, não relacionados ao empreendimento;

2) o teto financiável para pessoas físicas e jurídicas é de até R\$10.000,00 (dez mil reais) por operação, e para empreendimentos coletivos e de economia solidária é de até R\$3.000,00 (três mil reais) por associado, limitado a 50% da renda bruta anual do empreendimento, por operação.

3) o prazo máximo de financiamento é de 24 meses, incluídos até 3 meses de carência;

4) os encargos financeiros podem chegar até 4% ao mês;

5) pode-se substituir a exigência de garantia real ou por aval solidário em grupo com, no mínimo, 3 participantes, ou por alienação fiduciária, ou por aval ou fiança, ou por outras garantias aceitas pelas instituições operadoras da linha de crédito, vedada a garantia pelo FUNPROGER;

6) o risco operacional corre por conta e risco da instituição titular da contratação.

## **7. Conclusão: Law & Economic**

É importante lembrarmos que as pessoas respondem a incentivos. Da mesma forma que a incidência de certo tributo sobre um bem, ao encarecê-lo, diminui seu consumo, a dação de crédito em condições especiais, visando o empreendedorismo, para pessoas de baixa renda, ao aumentar a produção, aumenta o comércio.

E o comércio, por sua vez, pode melhorar a situação de todos ao aumentar e acelerar a troca de bens que proporcionam conforto.

Partindo destas premissas, é possível dizer, após termos examinado as principais normas relativas ao microcrédito e a SCM, que as mesmas, ao formalizar um mercado e fomentá-lo, são instrumentos extraordinários para a consolidação da eficiência e da equidade no campo da economia.

Eficiência no sentido de *“propriedade que uma sociedade tem de receber o máximo possível pelo uso de seus recursos escassos”* e equidade no sentido de *“justa distribuição da prosperidade econômica entre os membros da sociedade”*<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> MANKIWI, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. Tradução da 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. Capítulo 1.p 5.

O microcrédito e a SCM são intervenções do governo na economia, consubstanciadas em instrumentos político-jurídicos, que promovem o bem-estar social ao permitirem o estabelecimento de um ponto de início mínimo para que as pessoas possam desenvolver suas potencialidades empreendedoras com vistas à melhoria e à sustentabilidade da economia do local ao qual pertencem.

Afinal, é um dos princípios básicos da Economia a noção de que o padrão de vida de um país depende de sua capacidade de produzir bens e serviços. *RADC*. São Paulo, 02 de dezembro de 2007.

### **8. Bibliografia:**

- MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. Tradução da 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

---

§

→ [Índice](#): p. 9

## VI

# LAW, ECONOMICS AND DEMOCRACY. O COMPONENTE ORGANIZACIONAL DE OUVIDORIA NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A RE-PERSONIFICAÇÃO DO CONSUMIDOR

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Análise dos normativos que balizam o componente organizacional de ouvidoria; 3. Hipóteses de abuso do consumidor.

---

### 1. Introdução

É fato notório que o Poder Público deve controlar a “mão invisível” de Adam Smith, sob pena de extremo comprometimento do equilíbrio nas relações econômicas.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) surgiram justamente da constatação histórica de que um mercado não regulado é altamente perigoso para a sociedade.

Assim, é obrigação do Poder Público fazer prevalecer o princípio jusfilosófico da equidade nas relações econômicas em detrimento das desigualdades materiais de condições dos sujeitos participantes dos negócios jurídicos.

É a partir desta perspectiva que a relação do Direito com a Economia pode ser compreendida como uma relação em que aquele permite o

desenvolvimento saudável desta ao regulá-la com o intuito de trazer a maior otimização possível nas interações entre os agentes econômicos. Esta regulação, dentre muitos fatores constitutivos, é formada pela presença de iguais condições de competição, inclusive, no âmbito do contencioso jurídico.

Ora, onde a desigualdade é extrema, torna-se difícil o desenvolvimento concomitante dos pólos da relação de troca, aos quais, frise-se, não se deve negar a necessidade de serem minimamente desiguais para a continuidade do desenvolvimento social dentro da lógica capitalista.

É com base nestas premissas que o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central editaram normativos referentes à necessidade das Instituições Financeiras terem uma Ouvidoria, cujo fim reside no diagnóstico e tentativa de solução de eventuais problemas ocorridos com os clientes-consumidores.

Tal normatização acerca da Ouvidoria deve ser compreendida como elemento que corrobora para a re-personificação do indivíduo em uma relação em que ele é sempre reduzido a um número pela outra parte, como apontou o filósofo húngaro Lukács (1.875-1.971) a partir da sua idéia de reificação (coisificação) do sujeito.

Esta busca da devolução da identidade do sujeito-consumidor, que também é fomentada em outras áreas, como no Marketing (lembrem-se da propaganda do Banco do Brasil acerca do “batizamento” das suas agências com nomes de clientes), corrobora, ainda, com a transparência nas relações econômicas.

Assim, um órgão como uma ouvidoria, além de trazer uma maior confiabilidade para os consumidores e um maior nível ético-qualitativo de governança, permite mensuração mais precisa dos problemas enfrentados pelos consumidores, o que é a primeira etapa de qualquer melhoria de processo.

## **2. Análise dos normativos que balizam o componente organizacional de ouvidoria**

Dos normativos editados (Resoluções CMN 3.477/07 e 3.489/07, Circular 3.370/07 e Carta Circular 3.298/08), é importante atentarmos para as exigências feitas pelo Poder Público às Instituições Financeiras, o que, sob perspectiva inversa, é o mesmo que atentarmos para os direitos dos clientes-consumidores.

Quanto à estruturação societária do componente organizacional da ouvidoria, devemos observar, primeiramente, que tal órgão deve ser segregada da unidade executora da atividade de auditoria interna, o que se justifica pela busca da maior imparcialidade possível na condução dos trabalhos dos ouvidores.

Também pela busca da imparcialidade, dispõem os normativos (i) que se os cargos de ouvidor e de diretor responsáveis pela ouvidoria forem ocupados pela mesma pessoa, esta encontrar-se-á impedida da ocupação de quaisquer outros cargos dentro da instituição; (ii) que caso não haja tal acúmulo de cargos em uma mesma pessoas, esta só poderá ocupar outros cargos desde que não ocupe o de Administração de Recursos de Terceiros; e (iii) que é função do diretor elaborar relatório semestral, o qual deverá ser revisado por auditoria externa e enviado ao Banco Central.

Além disso, há disposição expressa de que os integrantes da ouvidoria precisam ser considerados aptos em exame de certificação, organizado por entidade de reconhecida capacidade técnica, que abranja temas relacionados à ética, aos direitos e defesa do consumidor e à mediação de conflitos, bem como, há disposição expressa de que o serviço de ouvidoria deve ser gratuito.

Por tais disposições podemos (i) referendar a idéia segundo a qual cada vez mais se busca como ideal nas relações econômicas a re-personificação do consumidor e (ii) apreender a democratização do acesso a mecanismos/instrumentos de solução de problemas nas relações de consumo.

É dizer: com o componente organizacional da ouvidoria o consumidor passa a ter voz mais ativa, porque, como o próprio nome do órgão indica, ele passa a ser, de fato, ouvido.

Corroborando com estas idéias, a normatização expressou que: (i) deve ser dada ampla divulgação sobre a existência da ouvidoria, bem como de informações completas acerca da sua finalidade e forma de utilização, inclusive por meio dos canais de comunicação utilizados para difundir os produtos e serviços da instituição; (ii) deve-se garantir o acesso dos clientes e usuários de produtos e serviços ao atendimento da ouvidoria, por meio de canais ágeis e eficazes, respeitados os requisitos de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, na forma da legislação vigente; (iii) deve-se disponibilizar serviço de discagem direta gratuita quando tiverem como clientes pessoas físicas ou pessoas jurídicas classificadas como microempresas na forma da legislação própria; (iv) deve-se manter sistema de controle atualizado das reclamações recebidas, de forma que possam ser evidenciados o histórico de atendimentos e os dados de identificação dos clientes e usuários de produtos e serviços, com toda a documentação e as providências adotadas, observando-se, ainda, que tais informações devem ser armazenadas por 5 anos.

Em segundo lugar, precisamos atentar para as atribuições da ouvidoria, quais sejam, (i) receber, registrar, instruir, analisar e dar tratamento formal e adequado às reclamações dos clientes e usuários de produtos e serviços que não forem solucionadas pelo atendimento habitual realizado por suas agências e quaisquer outros pontos de atendimento; (ii) prestar os esclarecimentos necessários e dar ciência aos reclamantes acerca do andamento de suas

demandas e das providências adotadas; (iii) informar aos reclamantes o prazo previsto para resposta final, que deverá ser enviada em até 30 dias; (iv) elaborar e encaminhar à auditoria interna, ao comitê de auditoria, quando existente, e ao conselho de administração ou, na sua ausência, à diretoria da instituição, ao final de cada semestre, *relatório quantitativo e qualitativo* acerca da atuação da ouvidoria, com a conseqüente proposição ao conselho de administração ou, na sua ausência, à diretoria da instituição, de medidas corretivas ou de aprimoramento de procedimentos e rotinas, sendo que o relatório deverá permanecer à disposição do Banco Central do Brasil pelo prazo mínimo de cinco anos na sede da Instituição Financeira.

Em terceiro lugar, devemos observar que o estatuto ou o contrato social da Instituição Financeira deve conter, de forma expressa, não apenas as atribuições da ouvidoria e os critérios de designação, de destituição e duração do mandato do ouvidor, mas, também, deve conter compromisso expresso da instituição no sentido de (i) criar condições adequadas para o funcionamento da ouvidoria, bem como para que sua atuação seja pautada pela transparência, independência, imparcialidade e isenção; e (ii) assegurar o acesso da ouvidoria às informações necessárias para a elaboração de resposta adequada às reclamações recebidas, com total apoio administrativo, podendo requisitar informações e documentos para o exercício de suas atividades.

Note-se como houve o estabelecimento, de modo explícito, da responsabilidade das Instituições Financeiras quanto à má operacionalização do componente organizacional de ouvidoria.

### **3. Hipóteses de abuso do consumidor**

Por fim, vale lembrarmos o Anexo da Carta-Circular 3.298, o qual especifica as ocorrências no âmbito do órgão sob análise que devem ser relatadas pelas Instituições Financeiras ao Banco Central do Brasil (BCB).

É importante compreender que tais ocorrências, a seguir transcritas, mostram-se como as hipóteses de abuso do consumidor e, portanto, acabam por explicitar as necessidades sociais que engendraram a normatização deste componente organizacional que, com maestria, conjuga Democracia, Economia e Direito.

- *Atendimento:* Reclamações envolvendo insatisfação com o atendimento prestado pela instituição ou por seus prepostos, tais como questões relativas a: (i) requisitos de acessibilidade para pessoas portadoras de deficiência; (ii) atendimento prioritário; (iii) restrições ao uso de caixa convencional ou algum canal de atendimento; (iv) discriminação entre cliente e não-cliente; (v) venda casada; (vi) produtos e serviços não solicitados (vii) despreparo de funcionários ou prepostos; (viii) não fornecimento ou fornecimento incompleto de informações ou de documentos; (ix) descumprimento dos horários e feriados bancários; (x) desrespeito, ofensa, constrangimento ou violência praticada por funcionário, preposto ou contratado; (xi) dificuldade em contatar gerente, centrais de atendimento telefônico, SAC, ouvidoria, etc; (xii) questões relativas à solução de problemas (exemplo: demorada, inadequada), previsão de saque, funcionamento de equipamentos (exemplo: terminais de auto-atendimento, porta giratória, etc), sistemas e sítio na internet (exemplo: “fora do ar”, falhas, erros etc), filas.

- *Cheques:* Reclamações envolvendo cheques, como, por exemplo: (i) retenção, não fornecimento de talonário ou fornecimento indevido; (ii) devolução ou liquidação indevida; (iii) questões relativas à sustação, contra-ordem, cancelamento etc; (iv) descumprimento de prazos de liquidação; (v) inclusão/exclusão indevida ou demora na exclusão do cliente do Cadastro de

Cheques sem Fundos (CCF); (vi) falta de comunicação ao cliente da inclusão no CCF.

- *Conta-Corrente*: Reclamações envolvendo abertura, movimentação e encerramento de conta-corrente e conta-salário, tais como: (i) abertura de conta-corrente sem documentação; (ii) inobservância de fornecimento de cartão magnético de débito ou talonário; (iii) questões associadas com o cartão magnético de débito; (iv) obstrução à abertura de conta salário; (v) bloqueio da conta; (vi) débitos não autorizados ou decorrentes de erros operacionais pela Instituição; (vii) saques não reconhecidos; (viii) depósitos não efetivados; (ix) execução de transferências sem autorização; (x) descumprimento de ordens de saque, de débito para pagamento (exceto de cheques) ou de débito automático; (xi) descumprimento, execução incompleta ou incorreta de DOC, TED ou de outras ordens de pagamento e de transferência (exceto cheque); (x) descumprimento, execução incompleta ou incorreta de compensação de títulos ou de outros papéis.

- *Operações de Crédito*: Reclamações envolvendo empréstimos, financiamentos, arrendamentos mercantis, operações de câmbio e outros créditos, tais como: (i) descumprimento de prazo de liberação de crédito ou a não liberação dos valores ou da carta de crédito; (ii) questões relacionadas às pretensões, juros ou saldo devedor; (iii) efetivação de operações de crédito não contratadas, incluindo adiantamento a depositantes; (iv) questões relacionadas à liquidação antecipada (exceto tarifa), à portabilidade da operação e à renegociação da dívida; (v) questões relacionadas ao registro do cliente no Sistema de Central de Risco (SRC) ou em sistemas públicos ou privados de proteção ao crédito (exceto CCF); (vi) questões associadas ao cheque especial (exemplo: contratação, rescisão, limite, etc.); (vii) questões associadas a operações de arrendamento mercantil; (viii) questões associadas a operações de câmbio.

- *Cartão de crédito*: Reclamações envolvendo contratação, limite, cancelamento e outras questões associadas ao cartão de crédito.

- *Aplicações, investimentos e Custódia de Valores*: Reclamações envolvendo poupança e aplicações financeiras, tais como: (i) aplicação,

resgate ou transferência sem autorização; (ii) não execução ou descumprimento de prazo de ordem de aplicação ou de resgate, inclusive as automáticas; (iii) descumprimento, execução incompleta ou incorreta de compensação ou liquidação de títulos ou de outros papéis (exceto cheque); (iv) juros, desvio ou uso de títulos e valores sob custódia da instituição sem autorização do cliente; (v) questões relacionadas à abertura, movimentação, encerramento de caderneta de poupança e ao cartão poupança.

- *Tarifas e Assemelhados*: Reclamações envolvendo tarifas, comissões, taxas ou quaisquer valores cobrados a título de remuneração por serviço prestado, incluindo as sobre: (i) cobranças indevidas ou não previstas em contrato; (ii) falta de transparência contratual em questões relativas à cobrança de tarifas e outros encargos; (iii) falta de transparência na identificação do que está sendo cobrado no extrato do cliente; (iv) cobrança sem a devida contraprestação de serviços, indisponibilidade ou a dificuldade acesso ao tarifário na agência; (v) elevações injustificadas dos valores; (vi) falta de comunicação sobre cobrança de novas tarifas ou elevação de valor das existentes.

- *Publicidade enganosa ou abusiva*: Reclamações envolvendo a divulgação ou a omissão de fato ou informação, ou a promessa com o intuito de: (i) ludibriar ou induzir o cliente a erro; (ii) prejudicar a concorrência; (iii) impor, aliciar ou coagir o cliente.

- *Relação Contratual*: Reclamações envolvendo contratos, tais como: (i) violação de cláusulas contratuais; (ii) falta de transparência (exemplo: multas, responsabilidades e penalidades a que o cliente está sujeito etc); (iii) práticas não eqüitativas; (iv) não fornecimento de cópia do contrato ao cliente assim que formalizado.

- *Contemplanção (Consórcio)*: Reclamações de consórcios envolvendo a contemplanção de bens ou de cartas de crédito, tais como: (i) adoção de critérios para contemplanção não previstos em contrato; (ii) não realização de sorteio por falta de recurso; (iii) quitação sem que o consorciado tenha sido contemplado; (iv) dificuldade ou não liberação do crédito ou do bem; (v)

imposição ou coação para que o consorciado contrate de terceiros serviços inerentes à entrega do bem ou serviço objeto de contemplação.

- *Encerramento de Grupos (Consórcio)*: Reclamações de consórcios envolvendo o encerramento de grupos, tais como a retenção de valores em caso de rescisão de contrato de adesão ou de encerramento de grupo.

- *Distribuição de Sobras e Rateio de Perdas e Quota-parte (Cooperativas)*: Reclamações de cooperativas envolvendo quotas-parte, distribuições de sobre e rateio de perdas.

- *Outros temas*: Reclamações de situações não previstas nos temas anteriores, tais como: (i) golpes (exemplo: oferta de crédito, que não se concretizam, por parte de empresas ou pessoas físicas que não sejam instituições financeiras, utilizando o nome da instituição sem se conhecimento); (ii) fornecimento de numerário falsificado; (iii) fraudes praticadas por funcionários, prepostos ou por terceiros contra clientes ou não-clientes; (iv) reclamações oriundas da rede de correspondentes no país; (v) sigilo bancário. *RADC*. São Paulo, 07.03.2008.

---

§

→ [Índice](#): p. 9

## VII

# DEMONSTRAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA A PARTIR DE UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR: DIREITOS HUMANOS, LEGISLAÇÃO E ECONOMIA.

---

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO – 1. DIMENSÃO ECONÔMICA E CONSTITUCIONAL-PENAL I: 1.1. Da mecânica da contribuição previdenciária sobre a folha de salário e da inconstitucionalidade do CP 168-A – 1.1.1. O CP 168-A atenta contra o direito de não ser preso por dívidas – 1.1.2. O CP 168-A atenta contra o direito alimentar *imediato* da pessoa humana – 1.1.3. O CP 168-A atenta contra o trabalho humano e à livre iniciativa – 2. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL-PENAL II: 2.1. Da inexigibilidade de conduta diversa em razão de estado de necessidade – 3. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL-PENAL III: 3.1. Da ausência de dano quando do pagamento do tributo – 4. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL-PENAL-IV: 4.1. O dolo específico e o CP 168-A – 5. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL-TRIBUTÁRIA: 5.1. Inconstitucionalidade por atentado aos princípios da não confiscalidade e da capacidade contributiva objetiva econômica (*ability in pay*) – CONCLUSÃO – BIBLIOGRAFIA.

---

**Resumo:** Por que o CP 168-A atenta contra direitos fundamentais do ser humano e direitos essenciais para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito? Por que o CP 168-A é incompatível com princípios e conceitos básicos dos sistemas penal e tributário? Estas são as principais questões trabalhadas neste estudo.

**Palavras-chave:** Direitos humanos, princípios, direito tributário, direito criminal, economia.

**Abstract:** Why the CP 168-A is an attack to fundamental rights of human beings and to essential rights of the development of a Democratic State of Law? Why the CP 168-A is incompatible with principles and basic concepts of the criminal and tax legal systems? These are the principal questions worked in this study.

**Keywords:** Human rights, principles, tax law, criminal law, economics.

## **INTRODUÇÃO**

O artigo 168-A do Código Penal (“CP 168-A”), expressa que: “Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

As argumentações que seguem visam demonstrar a incompatibilidade desta norma com os princípios constitucionais norteadores das searas do direito penal e do direito tributário.

Para tanto, foram analisados a vedação constitucional da não prisão por dívidas, a proteção do direito alimentar do ser humano, o direito ao trabalho e à livre iniciativa e o princípio da vedação do confisco.

### **1. DIMENSÃO ECONÔMICA E CONSTITUCIONAL-PENAL I**

#### **1.1. Da mecânica da contribuição previdenciária sobre a folha de salário e da inconstitucionalidade do CP 168-A**

A Constituição Federal (“CF”), em seus artigos 194<sup>97</sup> e 195<sup>98</sup>, dita que a seguridade social (saúde, previdência e assistência social) deve ser provida

---

<sup>97</sup> C.F. TÍTULO VIII. Da Ordem Social. CAPÍTULO II. DA SEGURIDADE SOCIAL. Seção I. DISPOSIÇÕES GERAIS. “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de

por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, e pelo Estado, que deve provê-la alocando adequadamente os recursos oriundos dos tributos.

As contribuições sociais do empregado em relação à *sua* previdência social, recolhidas pelo empregador, para serem entregues ao Estado (INSS), têm como causa a necessidade de assegurar o indivíduo na velhice ou, por exemplo, em acidente que o impeça de trabalhar, que são situações nas quais se encontra quando não possui mais forças produtivas para se manter e, portanto, são situações que demonstram a importância do recolhimento desta contribuição social enquanto fonte alimentar *futura* deste indivíduo.

É importante notar que, por força de lei, há impossibilidade de o empregado dispor no presente da quantia destinada à Previdência, observando-se que, quando o indivíduo trabalha com carteira assinada ele está obrigado a aderir ao plano previdenciário público.

Como não haveria outra razão para estas imposições legais a não ser a consideração por parte do Estado da baixa tendência do ser humano de se precaver para o futuro, o legislador optou não só por restringir o empregado de alocar os seus recursos presentes do modo que quisesse como, também, o legislador optou por deslocar a responsabilidade do pagamento e do recolhimento do tributo para o empregador, que o deve fazer na fonte por força de lei.

E tal deslocamento e tal retenção na fonte não apenas retiraram o risco de um eventual não recolhimento por parte do empregado, mas, também,

---

ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”;

<sup>98</sup> C.F. TÍTULO VIII. Da Ordem Social. CAPÍTULO II. DA SEGURIDADE SOCIAL. Seção I. DISPOSIÇÕES GERAIS. “**Art. 195.** A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício...; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social...”;

facilitaram a operacionalização arrecadatória da Administração no sentido desta se comunicar com um indivíduo (empregador), ao invés de vários (empregados), para recolher o tributo.

*Apesar de a lei explicitar que o contribuinte é o empregado e aquele que repassa o dinheiro para o Estado administrar é o empregador, como o valor da contribuição nem chega a passar pelas mãos do empregado, o senso do homem mediano, que compreende relações básicas de causa e efeito, acaba por nos dizer que, na realidade, este tributo é arcado pelo empregador.*

A responsabilidade da obrigação tributária do recolhimento atribuída ao empregador torna clara esta evidência econômica, até mesmo porque *o tributo é descontado na folha salarial e sua alíquota de incidência<sup>99</sup> é proporcional ao salário*, o qual quem paga é o empregador.

Assim, para prosseguir com as reflexões sobre a inconstitucionalidade do CP 168-A *é preciso frisar de modo maçante*: o desconto da contribuição é feito no salário do empregado, o qual é arcado diretamente pelo empregador, sendo que o trabalhador com carteira assinada (empregado) não pode optar por não aderir à Previdência e receber o dinheiro que a esta é devido em seu próprio nome. Ou seja, o empregado não pode dispor deste dinheiro imediatamente, mas só no futuro.

*A mecânica de funcionamento da contribuição previdenciária sobre a folha de salário possui tanto implicações positivas quanto negativas.*

*Implicações positivas* porque se está, de modo seguro e constante, a garantir o amanhã do ser humano que, inevitavelmente, irá perder sua capacidade produtiva.

---

<sup>99</sup> - Alíquota de 7,65% no caso de salário de até R\$ 868,29  
- Alíquota de 8,65% no caso de salário de R\$ 868,30 a R\$ 1.140,00  
- Alíquota de 9,00% no caso de salário de R\$ 1.140,01 a R\$ 1.447,14  
- Alíquota de 11,00% no caso de salário de R\$ 1.447,15 a R\$ 2.894,28

Já as *implicações negativas*, longe de se querer discutir a liberdade do ser humano de gerir seus próprios bens, residem na *ampla e inconstitucional* redação do CP 168-A, segundo a qual, até mesmo o empregador que não tiver como saldar sua dívida para com o empregado, em razão de crise financeira, pode ter sua liberdade restrita quando o intérprete da lei não atenta para a clara incompatibilidade desta norma com o ordenamento jurídico vigente e seus princípios básicos, como o da razoabilidade.

O tipo penal inconstitucional do CP 168-A, para proteger um bem jurídico futuro, acaba por atentar contra *direitos fundamentais*, tais como o direito de não ser preso por dívidas, o direito alimentar imediato do responsável tributário e, como se demonstrará abaixo, o direito alimentar imediato do próprio empregado, bem como, o CP 168-A atenta contra *direitos essenciais* para o desenvolvimento da Democracia, tal como o direito de liberdade de iniciativa.

Estes atentados aos direitos fundamentais evidenciam-se quando nos voltamos para aquela relação direta que há entre a contribuição, o salário e os recursos financeiros da empresa e verificamos que a norma penal acaba por punir o empreendedor porque ele fracassou na sua empreitada e não conseguiu lograr recursos para honrar sua dívida previdenciária *para com o empregado*.

Evidenciam-se quando nos voltamos para o fato de que, muitas vezes, o empregador em crise financeira nem nunca produziu capital suficiente para realizar o recolhimento e, assim, não tem como se apropriar de algo que não existe. Ou seja, não há como inverter o título de uma posse ilegalmente (que é o que caracteriza apropriação indébita) porque não existe objeto que possa ser possuído.

E estes atentados aos direitos básicos de um Estado de Direito se evidenciam também quando nos voltamos para o absurdo de que mesmo que a

pessoa enquadrada no CP 168-A cumpra a pena, a dívida continuará existindo, não servindo a restrição de liberdade para nada, a não ser esfacelar o direito fundamental de não ser preso por que se deve, retardar a livre iniciativa, elemento necessário para o aumento do número de empregos e, até mesmo, impossibilitar a satisfação do débito previdenciário, pois quem tem sua liberdade restrita se torna menos produtivo.

## 1.2. O CP 168-A atenta contra o direito de não ser preso por dívidas

A supremacia da liberdade individual de ir e vir (dignidade humana<sup>100</sup>) sobre dívidas (capital, coisa) está inserida no nosso ordenamento jurídico em suas raízes positivas e pré-positivas mais profundas, sendo o CP 168-A verdadeiro atentado a esta garantia fundamental-constitucional do indivíduo.

Tal impedimento, inclusive, não apenas está consubstanciado na ordem internacional globalizada, a qual o Brasil deve estar sincronizado, em razão da interdependência entre os Estados, mas, tal impedimento, também, já foi esculpido há tempos na CF em seu artigo 5º, inciso XLI<sup>101</sup>, e parágrafos 1º e 2º<sup>102</sup>, todos os quais, quando operados em conjunto, impedem discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais.

*Ora, se a CF, em seu artigo 5º, inciso LXII<sup>103</sup>, diz que não pode haver prisão civil por dívida, não faz sentido ser possível a existência de prisão*

---

<sup>100</sup> C.F. TÍTULO I. Dos Princípios Fundamentais. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”;

<sup>101</sup> C.F. TÍTULO II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”;

<sup>102</sup> C.F. TÍTULO II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. “Art. 5º. § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”;

<sup>103</sup> C.F. TÍTULO II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CAPÍTULO I. DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. “Art. 5º. LXVII - não haverá prisão civil por dívida,

*penal por dívida, pois lei que proíbe o menos (esfera civil) não pode proibir o mais (esfera penal).*

Além disso, como todos sabemos, a exceção prevista na norma constitucional da prisão por dívida em razão de não adimplemento de obrigações alimentícias *imediatas* deve passar pela análise da *voluntariedade e da inescusabilidade* ou não do inadimplemento da obrigação. Como todos sabemos, aquele que, por exemplo, deve pagar pensão alimentícia ao filho menor ou ex-cônjuge, só o deve *quando isto não for impeditivo de sua própria subsistência*. Ora, como se demonstrará no decorrer deste estudo, o responsável tributário que se encontra em situação de crise financeira não está obrigado a atentar contra sua própria subsistência para proteger bem *futuro* de outrem e, muito menos, está obrigado a ter que salvar este bem futuro em detrimento do bem alimentar presente deste empregado.

É preciso reiterar: *o patrimônio (capital, coisa) nunca pode estar acima da liberdade do indivíduo (dignidade humana)*, a qual, no final das contas, é o que produz, constrói, este próprio patrimônio, sendo inclusive incoerente prender alguém por dívida em razão da redução que isto causará na capacidade deste alguém produzir recursos para saldar seu débito. *De um ponto de vista puramente lógico, econômico, é absurdo extinguir a fonte que pode satisfazer o crédito previdenciário.*

Também é preciso lembrar que (i) um indivíduo preso, além de ter muito mais dificuldade para saldar suas dívidas, pois se torna menos produtivo, traz para a sociedade um custo, tanto financeiro como comportamental, como as contemporâneas teorias da pena nos ensinam; e (ii) lembrar que estamos a dissertar sobre o direito fundamental de liberdade, expresso na CF, que deve ser sempre tutelado de modo imediato por força dos

---

salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”;

já aludidos dispositivos constitucionais (artigo 5º, incisos LXII e XLI, parágrafos 1º e 2º).

Nesta linha de argumentação sobre a inconstitucionalidade do CP 168-A, Clèmerson Merlin Clève expressa: “A simples tipificação como crime da conduta omissiva do sujeito passivo tributário (contribuinte ou responsável) não é compatível com o texto constitucional à luz de uma leitura mais sofisticada e, especialmente, compromissada com a efetividade da Constituição, assim como dos direitos fundamentais que ela proclama...é evidente que o legislador se houve com excesso. Ele não está a tipificar a conduta fraudulenta, o abuso de confiança (como faz a lei penal-tributária portuguesa, v.g., ou a legislação brasileira revogada), a apropriação em proveito próprio, mas apenas, através de um tipo omissivo próprio, a conduta (no sentido genérico), que consiste em não pagar (satisfazer) obrigação tributária...A medida, pois, é desproporcionada, agredindo o princípio da justa medida. É por isso mesmo, excessiva, desmedida, desajustada, irracional e desarrazoada, resultando na aniquilação injustificada do direito de não-sujeição à privação da liberdade por dívida, previsto no art. 5º, LXVII, da Lei Fundamental da República. Neste ponto é preciso lembrar que o interesse protegido pela norma penal (arrecadação do Estado) não é suficiente para justificar a aniquilação do direito fundamental. Reitere-se: o poder de legislar não implica o de destruir!”<sup>104</sup>.

Além disso, como é o Estado que gere o recurso oriundo das contribuições previdenciárias dos empregados e o aloca com vistas ao melhor benefício possível para todos, não pode este mesmo Estado utilizar-se de *meios penais para aumentar esta arrecadação*, pois, quando faz isto, está punindo penalmente uns porque estes uns não tiveram sucesso em gerar capital para repartir com os outros, o que, obviamente, não traria benefícios

---

<sup>104</sup> CLÈVE, CIÈMERSON MERLIN. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. RT: nº 736, 1997. pp. 511 e 525.

para ninguém ante a insegurança jurídica e econômica que se instaura nesta situação.

É claro, portanto, que a *redação ampla e precária do CP 168-A* atenta contra a CF em seus aspectos mais fundamentais e, ao contrário de fomentar o desenvolvimento democrático (que deve ser a finalidade de toda e qualquer norma), acaba por emperrá-lo via desrespeito de direitos fundamentais, via desrespeito da própria dignidade humana, a qual, segundo o filósofo Kant, “*seres racionais estão... todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si... aquilo que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ter um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade.. a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade*”<sup>105</sup>.

### **1.3. O CP 168-A atenta contra o direito alimentar *imediato* da pessoa humana**

Mas não é só. Como a razão do ser humano mediano nos diz que a fonte alimentar *imediata* do responsável tributário (geralmente o sócio-administrador-empresendedor) também é proveniente de seu trabalho, tem-se, por conclusão lógico-constitucional, que ele também deve ter garantido seu direito alimentar resultante do seu trabalho, *o que não acaba ocorrendo quando o mesmo é indiciado por infração ao CP 168-A (que prevê pena de reclusão) em situação na qual a empresa está no prejuízo e só pode pagar ao empregado a quantia que tal empregado, em tendo sua contribuição recolhida ou não, estaria recebendo.*

---

<sup>105</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 76, 77.

É importante frisar que o direito alimentar *imediato* deste empregado não está sofrendo dano iminente com o não recolhimento da contribuição, mas o do administrador está, pois a reclusão afeta diretamente o seu direito de trabalhar para adquirir seu alimento e o alimento dos seus.

Ora, nem a CF, nem o senso comum, estabelece que alguém esteja obrigado a perder sua liberdade em razão de causas alheias a sua vontade que privam a fonte alimentar *futura* de *outrem*, que é justamente o que ocorre quando uma empresa não tem recursos financeiros para pagar a contribuição previdenciária de seus empregados, pois está no prejuízo, e acaba por ter seu administrador (que pode nem ser sócio) preso porque o tributo devido não foi recolhido e repassado.

Tal responsável tributário está, assim, sendo punido por algo que não causou, visto que ele só pode repassar se recolher, e só pode recolher se existir capital para tanto, sendo obviamente inconstitucional considerar sua liberdade e seu direito alimentar *imediato* (*que será diretamente atacado pela perda da liberdade*) menos importante do que o direito alimentar *futuro* do empregado. Tais direitos nunca nem poderiam se equivaler, pois os bens protegidos pelos dois primeiros são presentes e iminentes e o bem jurídico protegido pelo último é futuro e hipotético.

#### **1.4. O CP 168-A atenta contra o trabalho humano e à livre iniciativa**

A CF, em seu artigo 170<sup>106</sup>, vem nos demonstrar que além de estarmos em um Estado Social-Democrático, estamos também em um Estado Liberal-Democrático de Direito, ao ditar acerca da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, devendo ser entendido trabalho humano em sentido *lato*, o qual abarque tanto o trabalho realizado pelo empregado quanto o trabalho

---

<sup>106</sup> C.F. TÍTULO VII. Da Ordem Econômica e Financeira. CAPÍTULO I. DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:...”;

realizado pelo responsável tributário, que, em grande parte dos casos enquadrados no tipo penal sob análise, acaba, como já dito, sendo o sócio-empresário que administra a pessoa jurídica empregadora e que está sofrendo um processo criminal por não recolhimento do tributo em razão de dificuldade financeira da empresa, *dificuldade que, por vezes, está fora de seu controle*, tendo em vista as naturais crises de alguns setores do mercado e a dificuldade de obtenção de crédito no sistema bancário, o qual cobra juros altíssimos e, como o próprio Judiciário averigua, muitas vezes ilegais.

O risco da livre iniciativa passa a ser composto por um elemento que tem a potencialidade de diminuir a liberdade fundamental de locomoção do indivíduo que arrisque empreender e não logre sucesso suficiente em sua empreitada que o permita pagar e recolher as contribuições dos empregados.

Desta forma, a amplitude e inconstitucionalidade da redação do CP 168-A pode acarretar em situação absurda: além do risco oriundo da possibilidade de perda e de ganho do empreendimento, o empresário passa a estar sob o risco de infringir uma responsabilidade penal em razão de seu negócio dar prejuízo. O fracasso do empresário passa a ser punido penalmente.

## **2. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL-PENAL II**

### **2.1. Da inexigibilidade de conduta diversa em razão de estado de necessidade**

Os artigos 23<sup>107</sup> e 24<sup>108</sup> do CP devem nortear a análise dos tipos penais específicos, pois estão na Parte Geral do *Codex*. A crise financeira na empresa

---

<sup>107</sup> **CP. Parte Geral.** Título II. Do Crime. **Exclusão da Ilicitude.** “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em **estado de necessidade**”;

<sup>108</sup> **CP. Parte Geral.** Título II. Do Crime. **Exclusão da Ilicitude.** “Art. 24. Considera-se em **estado de necessidade** quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”;

é uma espécie de estado de necessidade em que o responsável tributário se encontra e que deve suspender a antijuridicidade da norma do CP 168-A.

Fernando Capez ensina que o estado de necessidade é: “causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir. No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual o salvo.”<sup>109</sup>.

Magalhães Noronha nos esclarece com precisão a impossibilidade do ente estatal intervir em situação de necessidade, dizendo que, em tal estado: “existe...um conflito de bens-interesses. A ordem jurídica, considerando a importância deles igual, aguarda a solução para proclamá-la como legítima. É óbvio que, na colisão de dois bens igualmente tutelados, o Estado não pode intervir, salvando um e sacrificando outro. Há de manter-se em expectativa, à espera que se resolva o conflito”<sup>110</sup>.

Ora, é evidente que o administrador, cuja empresa não possui recursos suficientes para pagar e recolher a contribuição previdenciária dos empregados, terá que escolher sacrificar um de dois bens jurídicos destes empregados, pois ele deverá escolher entre o bem alimentar imediato, presente, e o bem alimentar futuro e hipotético consubstanciado nas contribuições previdenciárias.

A *razoabilidade*, obviamente, vai indicar que a proteção do primeiro bem deve ser aquela escolhida, pois há atualidade e inevitabilidade do perigo,

---

<sup>109</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral. 9ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>110</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1977-78. p. 194;

além da involuntariedade em sua causação e da inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado, o qual é um direito alimentar imediato porque necessário para a preservação da vida do empregado.

O Tribunal Federal da 3ª Região, já adotou tal posicionamento: “Admite-se a absolvição, pela aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, ao agente que deixa de repassar à autarquia previdenciária as contribuições descontadas dos salários de seus empregados, quando verificada através dos dados coligidos na instrução probatória a penúria do microempresário, face à grave crise financeira, causada por atos e fatos alheios à sua vontade, compelindo-o a abater-se do compromisso fiscal a fim de poder honrar os seus encargos para com os funcionários.” (RT 744/696-7).

A inconstitucionalidade do CP 168-A é em tão alto grau que se o empregador resolvesse escolher não salvar o direito alimentar imediato do empregado (que é o que o mantém vivo) para poder salvar o capital destinado à contribuição previdenciária, que protege um bem futuro deste empregado, em outras palavras, se o empregador optasse por não pagar seu empregado para poder pagar ao Estado, e se tal empregador, em hipótese, não estivesse em estado de necessidade, ele poderia ser enquadrado no CP 203<sup>111</sup>, que possui pena de detenção, ao invés de ser enquadrado no CP 168-A, que prevê reclusão. Assim, é mais grave segundo o CP 168-A não pagar o Estado do que o alimento imediato, mensal, do empregado.

O CP 203 traz uma redação interessante e que pode servir de modelo para uma possível modificação do CP 168-A, visto que ela dispõe sobre a *necessidade de se fazer prova de fraude* ou violência por parte do empregador

---

<sup>111</sup> **C.P. TÍTULO IV. DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO.** Frustração de direito assegurado por lei trabalhista. “**Art. 203** - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Na mesma pena incorre quem: I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida; II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental”.

para que a conduta deste possa ser enquadrada no tipo legal. É um requisito, uma exigência para que se possa considerar frustrado um direito.

Ninguém pode ser punido em razão de algo que não tem culpa, pois deve existir uma relação de causalidade entre os efeitos do crime e a conduta do agente pautada na vontade deste de realizar esta conduta, que no caso do CP 203 é a vontade de fraudar e no caso do CP 168-A *deve ser* a vontade de apropriar-se indebitamente, ilegalmente, o que se evidencia pela própria localização do artigo dentro do *Codex*: Parte Especial, Título II (Dos crimes contra o patrimônio), Capítulo V (Da apropriação indébita).

Ademais, não é razoável exigir sacrifício próprio do responsável tributário, quando não se verifica da parte deste intuito de se enriquecer ilicitamente. Isto porque, se ele for sócio, naturalmente já terá sido afetado pela situação financeira deficitária da empresa, e não pode ser obrigado a se desfazer de patrimônio próprio, já afetado pela crise, em razão da separação entre o patrimônio da pessoa física do sócio e o da pessoa jurídica, separação esta que o legislador positivou justamente com o objetivo de viabilizar o risco do empreendedorismo. E se o responsável tributário não for sócio, mas só administrador, as mesmas razões devem ser aplicadas.

Porém, a redação ampla e inconstitucional do CP 168-A, ao trazer o perigo de uma sanção penal, diz ao responsável tributário que se encontra em grave crise financeira que *ou* ele teria que deixar de pagar o empregado para pagar o Estado, *ou* que ele teria que ir além da atitude de proteger o direito alimentar imediato do empregado sacrificando o seu próprio.

Obviamente, o responsável tributário não está obrigado a tomar nenhuma destas duas atitudes, pois a primeira equivaleria a prejudicar imediatamente outrem de modo gravíssimo e a segunda equivaleria a atentar contra si mesmo, algo a que ninguém, naturalmente, está obrigado a fazer.

Thomas Hobbes, um filósofo geralmente considerado como defensor do absolutismo estatal, nos ensina, já no século XVII, que a nossa própria natureza nos impede de termos atitudes que atentem contra nossa própria pessoa: “Uma Lei de Natureza (*Lex Naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir a sua vida ou privá-lo dos meios necessários para a preservar, ou omitir aquilo que pense melhor contribuir para a preservar”<sup>112</sup>.

Portanto, o estado de necessidade se mostra como uma razão supra-legal de exclusão da ilicitude, cravada na nossa própria natureza, pois a ninguém se poderia exigir que em tal situação agisse de um modo já anteriormente determinado.

### **3. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL-PENAL III**

#### **3.1. Da ausência de dano quando do pagamento do tributo**

Para refletir sobre a inconstitucionalidade do CP 168-A temos que pensar, também, em questão de *dano efetivo* causado à sociedade e ao empregado por aquele que não recolheu o tributo devido apenas durante um determinado período. Ora, estamos a dissertar sobre capital que será utilizado pelo empregado em hipótese e no futuro.

Assim, caso haja melhora na situação financeira da empresa, que volta a recolher este tributo, não se estará causando dano, inclusive, porque são aplicados sobre a quantia devida altíssima multa e juros, que representam, com certeza econômica, muito maior aumento do que aquele propiciado pelo Estado na administração destes recursos.

---

<sup>112</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Cap. XIV. Da primeira e segunda Leis Naturais e dos Contratos;

O CP 168-A, § 2º <sup>113</sup> diz que é extinta a punibilidade se a quantia é paga antes da ação fiscal. Tal redação, evidentemente, é inconstitucional, pois, caso haja o pagamento, como acima explicitado, não haverá dano algum ao contribuinte. Assim, mesmo que se continue absurdamente a se considerar o fato previsto no CP 168-A como crime, ao menos se deve entender que a extinção da punibilidade pelo pagamento dos valores devidos tenha uma aplicabilidade em qualquer momento, mesmo com a ação penal já iniciada e em grau recursal. A mesma crítica de inconstitucionalidade vale para o CP 168-A § 3º <sup>114</sup>.

No sentido da extinção da punibilidade quando do pagamento do tributo, têm-se o artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei 10.684/03 <sup>115</sup>, o qual é comentado por Fernando Capez do seguinte modo: “Já não há nenhum limite temporal consubstanciado na expressão ‘antes do recebimento da denúncia’ ou ‘antes do início da ação fiscal’, de forma que o pagamento realizado até mesmo em grau recursal extingue a punibilidade do agente”<sup>116</sup>.

*E é este o posicionamento contemporâneo do Supremo Tribunal Federal, oriundo de votação unânime: “STF. HC 81.929-0/RJ. EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime Tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para*

---

<sup>113</sup> C.P. TÍTULO II. DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. CAPÍTULO V. DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. “Art. 168-A. § 2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.”;

<sup>114</sup> C.P. TÍTULO II. DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. CAPÍTULO V. DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. “Art. 168-A. § 3º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou...”;

<sup>115</sup> Lei 10.684/03. “Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

<sup>116</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Vol. 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

tal efeito. Aplicação retroativa do art.9º da Lei federal nº 10.648/03...O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.”.

*Este mecanismo de extinção da punibilidade reconhecido pelo Estado, tanto na sua esfera legislativa quanto judiciária, é a prova definitiva que o ente estatal está se utilizando de meios penais apenas para arrecadar tributos, pois demonstra que há reconhecimento da ausência de dano efetivo para empregado quando o tributo é restituído e, conseqüentemente, demonstra explicitamente, ao relacionar diretamente a dívida com o dano, que o ente estatal está a restringir a liberdade humana em razão de dívidas, algo que ele próprio proíbe.*

#### **4. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL-PENAL IV**

##### **4.1. O dolo específico e o CP 168-A**

O juiz Guilherme de Souza Nucci ensina acerca do CP 168-A que: “não se pode admitir que inexista elemento subjetivo do tipo específico, consistente na especial vontade de se apossar de quantia pertencente ao INSS. Transformar o crime previdenciário num delito de mera conduta, sem qualquer finalidade especial, seria indevido, porque transformaria a lei penal num instrumento de cobrança. Assim, o devedor que, mesmo sem intenção de se apropriar da contribuição, deixasse de recolhê-la a tempo, ao invés de ser executado pelas vias cabíveis, terminaria criminalmente processado e condenado. Haveria nítida inconstitucionalidade da figura típica, pois a Constituição veda prisão civil por dívida, e o legislador, criando um modelo legal de conduta proibida sem qualquer *animus rem sibi habendi*, estaria buscando a cobrança de uma dívida civil através da ameaça de sancionar penalmente o devedor. Entretanto, demandando-se o dolo específico – a vontade de fraudar a previdência, apossando-se do que não lhe pertence -,

deixa de existir mera cobrança de dívida, surgindo o elemento indispensável para configurar o delito previdenciário”<sup>117</sup>.

Há de se concordar que, sob a vigência desta norma penal inconstitucional, a interpretação mínima para que se cause menos dano possível aos direitos fundamentais é a acima transcrita, com a ressalva de que o magistrado confundiu a pessoa a quem pertence o capital, que não é o INSS, mas, sim, o empregado.

No entanto, precisamos ir além.

Para pensar acerca da necessidade de dolo específico, é preciso relembra parte da mecânica básica de funcionamento do tributo, segundo a qual a contribuição previdenciária sobre a folha de salários é arcada pelo empregador, sendo que o empregado não pode dispor do capital que em seu nome é entregue para o Estado administrar, por força de lei. Além disso, é preciso lembrar que esta mecânica ganha viabilidade operacional quando o recolhimento é feito na fonte.

Ora, o capital nem chegou a estar na posse do empregado, pois isto a lei não permite (retenção na fonte), apesar de a tal empregado o dinheiro da contribuição pertencer.

Assim, não há como inverter ilegalmente a posse daquilo que não estava na posse de outrem. Quem sempre possui o bem objeto da contribuição previdenciária é o empregador e, como todos sabemos, ninguém pode cometer crime contra si mesmo.

Ou seja, do ponto de vista estritamente técnico, o sistema implantado pelo legislador tributário impede enquadramento de conduta no conceito penal

---

<sup>117</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 5. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

de apropriação indébita. O correto, portanto, seria se utilizar de um conceito como fraude.

## **5. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL-TRIBUTÁRIA**

### **5.1. Inconstitucionalidade por atentado aos princípios da não confiscabilidade e da capacidade contributiva objetiva econômica (ability in pay)**

Parece ter ficado claro ao longo deste estudo que o empregador, especificamente no caso da contribuição previdenciária do empregado, é o contribuinte de fato, econômico, e, ao mesmo tempo, é o contribuinte de direito (o responsável pelo recolhimento).

Já o empregado é quem capitaliza o Estado no presente de modo indireto, ou seja, em troca da promessa feita pelo ente estatal de garantia do futuro para aquele que nele investir, demonstrando tal fato que, empregador e empregado capitalizam o Estado, o último ao deixar de utilizar um dinheiro presente (modo indireto), aquele ao pagar este dinheiro (modo direto).

É importante lembrar que quem é empregado com carteira assinada não possui escolha de adesão ou não à Previdência, sendo tal imposição estatal dada por lei.

Assim, podemos dizer que o Estado é constituído *para* a sociedade civil (causa teleológica) *a partir dos* tributos pagos por esta (causa material), os quais são recolhidos *por* força de lei (causa formal) pelos empregadores e pelos empregados (causas motrizes).

E esta mecânica de constituição e funcionamento do Estado é necessária.

Porém, nela não pode haver desrespeito ao *princípio de vedação do confisco*, que possui como escopo impedir oneração excessiva ao contribuinte, considerada esta como aquela que o endivida mesmo quando endividado já está, ou seja, que cobra contribuição de quem não tem para dar. Obviamente, a prova da *incapacidade contributiva objetiva econômica* cabe aquele que tem a capacidade objetiva jurídica, ou seja, cabe aquele que é responsável, por lei, pelo recolhimento e repasse do tributo.

Assim, o Estado não pode cobrar tributo de empresa que dê prejuízo, pois esta não tem riqueza para capitalizar o Estado e nem pode cobrar dos funcionários, pois estaria a cobrar sobre capital que ainda não lhes foi dado porque *ainda não se conseguiu* produzi-lo. Reiterando: trazer mais uma dívida para alguém que já está endividado é abusivo e inconstitucional.

Quando o Estado toma estas atitudes, as quais realiza via CP 168-A, como demonstram os inúmeros processos de apropriação indébita previdenciária existentes, ele está a confiscar, pois está produzindo dano a quem já está sob dificuldade financeira e, portanto, fragilizado, apenas em razão da sua vontade arrecadatória.

E como a História já nos demonstrou, quando a vontade estatal se vale de restrição da liberdade individual, do ser humano, para se satisfazer, tem-se uma inversão: o Estado é transformado *de* instrumento que possibilita a felicidade e completude do ser humano *para* instrumento que dissemina o terror, ao ser transformado em um fim em si mesmo, ou seja, o Estado para o Estado, ao invés do Estado para o ser humano.

Portanto, (i) a mensuração do volume de recursos econômicos que o contribuinte possui para satisfazer seu débito, *em oposição contábil* (ii) a necessidade que o contribuinte de fato tem de tais recursos para sobreviver (que é o mesmo que não crescer nem diminuir) é o meio que deve ser utilizado

para a averiguação da obrigatoriedade ou não do recolhimento e repasse do tributo ao ente estatal em cada caso concreto.

Em outras palavras, o contribuinte precisar estar solvente de modo suficiente a satisfazer o débito tributário, para que exista possibilidade de cobrança do tributo por parte do Estado, pois, se isto não for adotado como conduta necessária a um Estado de Direito, estar-se-á permitindo o confisco e desrespeitando o princípio da isonomia tributária, deste modo, estar-se-á a atentar contra a Constituição Federal, em seus artigos 145, § 1º<sup>118</sup> e 150<sup>119</sup>.

É importante lembrar que o princípio explicitado na norma positiva é o reflexo de uma substância ético-cultural permeada na sociedade enquanto anseio, enquanto vontade, enquanto construção cultural e, de modo mais intenso, podemos dizer que o princípio explicitado na norma positiva é o reflexo até mesmo de um direito pressuposto, natural. Assim, é possível facilmente vislumbrar a importância de se respeitar tal princípio.

## CONCLUSÃO

Após termos demonstrado:

1. que quem arca com os custos da contribuição previdenciária na cadeia econômica é o empregador, pois o salário do empregado é pago

---

<sup>118</sup> C.F. TÍTULO VI. Da Tributação e do Orçamento. CAPÍTULO I. DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL. Seção I. DOS PRINCÍPIOS GERAIS. Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

<sup>119</sup> C.F. TÍTULO VI. Da Tributação e do Orçamento. CAPÍTULO I. DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL. Seção I. DOS PRINCÍPIOS GERAIS. Seção II. DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR. “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, IV - utilizar tributo com efeito de confisco;”

por este e tal empregado nem sequer chega a ter a posse do capital destinado para o recolhimento do tributo;

2. que todo e qualquer indivíduo possui o direito de não ser preso por dívida, possui o direito de ter o seu alimento protegido e possui o direito ao trabalho e a livre iniciativa;

3. que o responsável tributário pode estar imerso em estado de necessidade que enseje inexigibilidade de conduta diversa no condizente ao não recolhimento do tributo;

4. que a inconstitucionalidade do CP 168-A é em tão alto grau que se torna mais favorável ao empregador que está em crise financeira, do ponto de vista penal, não pagar o alimento imediato do empregado do que ajudar na capitalização presente do Estado via recolhimento do alimento futuro e hipotético deste empregado;

5. que o empregador em crise financeira não comete crime de apropriação indébita previdenciária, pois não tem como repassar (ou não) para o Estado algo que não tem;

6. que a dívida como causa de pena atenta contra a dimensão positiva de norma constitucional e contra as dimensões ético-cultural e econômica da sociedade contemporânea, permeadas no mundo concreto dos fatos, da *praxis*;

7. que a extinção da punibilidade e suspensão da pretensão punitiva do Estado apenas com o pagamento integral do débito reflete permissão da prisão por dívidas, o que é insconstitucional em razão de violação do princípio da dignidade humana e de violação de direitos fundamentais positivados;

8. que se existir recurso econômico (riqueza), há de se atentar ainda que, para enquadramento de conduta no CP 168-A, é necessário averiguar a existência de dolo do agente em se apropriar de algo que não era seu, com intenção de fazer este algo permanecer em sua posse;

9. que tecnicamente o legislador tributário impediu a operacionalização do conceito de apropriação indébita e que o correto seria positivar a conduta daquele que não repassa as contribuições previdenciárias efetivamente descontadas do salário do empregado em termos de fraude;

10. e que é vedado cobrar algo de quem não tem para dar, sendo inconstitucional endividar mais quem já está endividado em razão de recolhimento de tributos;

torna-se clara a inconstitucionalidade do CP 168-A, bem como, torna-se clara a necessidade de modificação de seu posicionamento no CP e a necessidade de adequação de sua redação à CF, devendo nela serem acrescentados termos que vinculem a possibilidade de aplicação da pena apenas quando houver possibilidade de recolhimento do tributo e fraude, sendo uma possível redação constitucionalizadora de tal norma penal aquela que carregue a mesma semântica da seguinte redação: *“Deixar de repassar à previdência social as contribuições descontadas das folhas dos empregados, no prazo e forma legal ou convencional, desde que o agente repassador tenha o capital suficiente para tal recolhimento e, de modo intencional e fraudulento, não o efetue, com vistas a enriquecimento próprio. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”*.

## **BIBLIOGRAFIA**

- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Vol 1: parte geral. 9ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2005;

\_\_\_\_\_ . Curso de Direito Penal. Vol. 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

- CLÈVE, CIÊMERTON MERLIN. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. RT: nº 736, 1997;

- HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martins Fontes, 2003

- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70.

- FERRAGUT, MARIA RITA e NEDER, MARCOS VINÍCIUS, coordenadores. Responsabilidade Tributária. São Paulo: Dialética, 2007;

- NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1977-78;

- NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 5. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

§

→ [Índice](#): p. 9

# PROJETOS

# I

## DA LIBERDADE DE CRIAR

Quando olhamos para uma construção do engenho humano, seja ela uma casa ou um contrato, estamos a olhar para o resultado da concretização de uma teoria.

Este resultado é a cristalização da teoria e é por meio dele que se pode verificar e testar as hipóteses previamente levantadas por esta.

Partindo da premissa de que há uma racionalidade na História, podemos dizer que (a) o analisar do processo de desenvolvimento do passado para o presente acaba por engendrar (b) a possibilidade de análise do processo de desenvolvimento do presente para o futuro que desejamos. A teoria é formada com base no passado, mas com vistas para o futuro.

E a liberdade de transformação se encontra justamente neste movimento para o futuro, o qual se dá a partir da negação do que o processo do passado para o presente nos disse que não funcionava, que não nos agradava culturalmente, que nos poderia causar dano.

A liberdade de negar o passado é o que denominamos de criação, a qual deve se dar tanto no sentido do ser humano estar disposto a construir, e de fato construir, melhores casas, quanto no sentido de nós estarmos dispostos a construirmos, e de fato construirmos, melhores valores. RDC. 20.07.2008

---

§

→ [Índice](#): p. 11

## II

### PROJETO

# “EDUCAÇÃO PARA TODOS”

*Direitos autorais reservados a*

*Rafael Augusto De Conti*

*<http://www.rafaeldeconti.com>*

*08 de fevereiro de 2008.*

**[www.educacaoparatodos.pro.br](http://www.educacaoparatodos.pro.br)**

**Este projeto visa contribuir com o trabalho de todos aqueles que dedicaram, dedicam ou pretendem dedicar parte de seu tempo para o desenvolvimento da coletividade da qual fazem parte e para o desenvolvimento do conhecimento humano.**

**O termo “público” denota dois fenômenos intimamente correlatos mas não perfeitamente idênticos...Significa, em primeiro lugar, que tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível...Em segundo, significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele”**

**Hannah Arendt. *A Condição Humana.***

## ÍNDICE

<b>1. OBJETIVOS</b> .....	231
<b>2. DEFINIÇÃO</b> .....	231
<b>3. VIABILIDADE JURÍDICO-POLÍTICA</b> .....	231
3.1. CF, 205.....	231
3.2. CF, 206.....	234
3.3. CF, 206, II.....	238
3.4. CF, 206, III.....	240
3.5. CF, 206, IV.....	242
3.6. CF, 206, V.....	242
3.7. CF, 206, VI.....	243
3.8. CF, 206, VII.....	243
3.9. CF, 207.....	244
3.10. CF, 207, § 1º.....	244
3.11. CF, 208.....	245
3.12. CF, 208, III.....	245
3.13. CF, 208, V.....	246
3.14. CF, 208, VI.....	246
3.15. CF, 208, § 1º.....	248
3.16. CF, 208, § 2º.....	249
3.17. CF, 209.....	250
3.18. CF, 211.....	251
3.19. CF, 212.....	252
3.20. CF, 213.....	253
3.21. CF, 214.....	253
3.22. CF, 215.....	254
3.23. CF, 215, § 3º.....	255
3.24. CF, 216.....	255
3.25. CF, 216, § 1º.....	256
3.26. CF, 216, § 2º.....	256
3.27. CF, 216, § 3º.....	257
3.28. CF, 216, § 4º.....	257
3.29. CF, 216, § 6º.....	257
3.30. CF, 218, § 3º.....	258
3.31. CF, 218, § 5º.....	258
3.32. CF, 219.....	258
3.33. CF, 220.....	259
3.34. CF, 5º, XXVIII.....	259
<b>4. VIABILIDADE TÉCNICO-ECONÔMICA</b> .....	260
<b>5. POR UMA BIBLIOTECA VIRTUAL DO CONHECIMENTO HUMANO</b> .....	263

## 1. OBJETIVOS

- ▶ Acesso universal ao conhecimento humano produzido nas universidades públicas.
- ▶ Aceleração no processo de produção e aumento de qualidade deste conhecimento.
- ▶ Armazenamento digital dos dados que expressam o conhecimento humano.
- ▶ Busca de condições ótimas para o pleno desenvolvimento das potencialidades de nossos descendentes.

## 2. DEFINIÇÃO

- ▶ O projeto consiste na gravação das aulas dadas nas universidades públicas e na disponibilização destas na Internet, sem restrição de acesso.

## 3. VIABILIDADE JURÍDICO-POLÍTICA

A viabilidade jurídico-política deste projeto pauta-se na Constituição Federal Brasileira (CF), especificamente, nos seguintes artigos ora transcritos e interpretados:

**3.1. CF, Art. 205.** *“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade,*

*visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.*

Vê-se, desde logo, que o Estado está obrigado para com àqueles que o tomam como instrumento, ou seja, o Estado possui um dever para com os cidadãos. Nesta disposição, o termo ‘direito’ significa exatamente que há uma possibilidade de se exigir a prestação estatal.

Mas como expresso na norma, o dever de educar também é da família, a qual é tida por alguns teóricos como a base do Estado, visto que é nela que se dão as primeiras experiências de convivência de um indivíduo humano com seus pares.

Deste modo, também a família possui o dever de educar. E este dever não consiste apenas em uma obrigação de ordem moral, mas, além disso, em uma obrigação de ordem legal, pois o Estado pode retirar a guarda que a família possui sobre os seus menores membros quando estes são, por exemplo, maltratados por quem deveria protegê-los.

Não possibilitar educação, quando se há condições para tanto, constitui atentado contra a dignidade humana na medida em que na medida em que se impossibilita o esclarecimento da pessoa com vistas a sua independência de qualquer espécie de tutela de seu pensamento.

O artigo 205 também traz como finalidade o pleno desenvolvimento das capacidades produtivas do ser humano, tanto na esfera política quanto na privada.

Pela primeira, o ser humano é agente ativo que modifica o seu meio e não apenas um agente que pelo ambiente é influenciado.

Já pela esfera privada, necessitamos de um mínimo material para desenvolver ao máximo nossas potencialidades, mínimo este que, por sua vez, é fruto de um trabalho desempenhado na teia social. Assim, precisamos de trabalho.

Sem educação não é possível operar uma técnica dentro da sociedade, quanto menos pensar sobre ela, portanto, não é possível trabalhar.

Se nos reportamos ao pensamento de Kant, podemos dizer que o ser humano só se torna capaz de se esclarecer, de sair da menoridade, quando faz uso de sua razão sem a orientação de outrem.

Este “caminhar com as próprias pernas”, que se constitui a partir do que Kant denomina de uso público da razão, só é possível a partir do momento em que o indivíduo reproduz o que apreendeu em uma sala de aula, reprodução esta que se mostra como exemplo de um uso privado (ou não crítico) da razão.

Já segundo Nietzsche, o ser humano precisa realizar três transformações no espírito para se superar e, portanto, desenvolver-se.

Para este filósofo, apenas após o ser humano compreender o peso dos valores postos e impostos na sua educação é que ele poderá enfrentá-los e destruí-los com vistas a construir novos valores.

Com base nestas idéias podemos pensar que só é possível atingir a plenitude do ser, o que é o mesmo que permitir o desenvolvimento máximo de suas potencialidades, quando se instrui minimamente o ser humano. Só por meio da educação é que podemos ter noção de que é possível caminhar com as próprias pernas nos caminhos que escolhemos.

**3.2. CF, Art. 206. “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”**

A análise deste dispositivo constitucional deve pautar-se, primeiramente, na análise do termo “condições”, o qual, por sua vez, deve ser entendido como igualdade de condições materiais.

O transporte para igual acesso, e a alimentação e apoio financeiro para permanência, são exemplos de condições materiais.

O PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” tornará desnecessário o deslocamento físico do aluno, visto que poderá acessar as aulas a qualquer tempo e de qualquer local em que se encontre, desde que haja um computador com acesso a Internet.

Não obstante, o PROJETO permitirá que todos tenham acesso a qualquer conhecimento reproduzido e produzido nas salas de aulas das universidades públicas, sendo que alguns cursos que não demandem de aulas prático-experimentais e laboratórios, mas, tão somente, aulas teóricas, possam ser ministrados para um número incrivelmente maior de pessoas do que atualmente o é.

Um dos motivos da existência do VESTIBULAR reside no fato de que o aluno deve possuir um mínimo de conhecimento para ingressar nos estudos de um curso superior (3º grau).

Outro motivo, no entanto, reside no fato de que não há estruturas físicas e professores para todos e, deste modo, torna-se preciso selecionar apenas aqueles que são considerados os melhores.

Ocorre que há um problema neste segundo motivo que se assenta no fato de que os métodos que as universidades adotam para selecionar os melhores, muitas vezes, não são capazes de mensurar as qualidades e deficiências do estudante.

Isto se deve, por exemplo, ao estresse causado pela ansiedade de se realizar uma prova que, quando muito, é realizada duas vezes ao ano e que definirá, para a maioria, o trabalho que exercerá para o resto de suas vidas. Todos, por experiência própria, sabemos que a agitação dos sentimentos, na maior parte das vezes, influencia o modo como raciocinamos.

Ora, sem limitação de espaço físico, torna-se possível um maior acesso ao conhecimento humano por um maior número de pessoas, extinguindo-se a concorrência do vestibular e diminuindo o nível de estresse do estudante que deseja ingressar no ensino superior.

No lugar do processo de vestibular tradicional pode ser implantado, então, um sistema em que se estabelece um mínimo de conhecimento necessário para a realização do estudo que se intenta fazer nos anos de faculdade.

Tal mínimo pode ser estabelecido pelo Poder Público, o qual passaria a depender muito menos de estruturas físicas caras, como salas de aulas, carteiras e lousas. Afinal, no quesito custo/benefício, é muito mais barato construir um centro virtual de ensino que pode atender milhões de pessoas do que um centro material que, em cada sala de aula, quando muito, atende menos de 100 pessoas.

Um ponto em especial poderia ser levantado contra este argumento. Vejamos se o PROJETO resiste a ele.

Pautando-se em uma visão liberal ou evolucionista, poder-se-ia dizer que a competição estimulará o desenvolvimento da qualidade do conhecimento humano, tendo em vista que os alunos selecionados pelo vestibular são os mais aptos, segundo os exames, a ter sucesso como indivíduos e, portanto, contribuir com a melhoria da sociedade sem desperdício de verbas públicas.

Desconsiderando a possibilidade de erro na mensuração da aptidão das pessoas para que elas tenham sucesso (o que já foi exposto), para combater este argumento, imaginemos que existam 200 vagas para um determinado curso.

Se há um universo “A” de 1000 indivíduos que atingem o grau mínimo de conhecimento tido como necessário para o aprendizado do conhecimento superior (3º grau), e se, dentro deste universo “A” existe um universo menor “B” que é composto por 200 indivíduos que atingem o dobro deste grau mínimo, então, podemos dizer que não só o escopo liberal de selecionar os mais aptos a ter sucesso foi atingido como, também, se possibilitou que o quántuplo de indivíduos ajudasse na produção do conhecimento humano.

Quanto à questão da seleção dos melhores, pode-se dizer que o mercado os selecionará, tendo em vista a tendência deste ao crescimento com o passar do tempo.

O mercado tende a crescer devido ao aumento de relações entre os indivíduos que a era virtual nos proporciona.

Programas de comunicação e relacionamento como MSN, ICQ e Orkut são fenômenos que constituem a prova de que cada vez mais haverá mais relações acontecendo entre as pessoas, mesmo que o nível destas relações seja menos intenso pela ausência das sensações.

Maior quantidade de interações com o mínimo de condições par que elas ocorram de modo eqüanime é o mesmo que maior probabilidade de sucesso para a coletividade, já que o futuro é um fator impossível de ser determinado exatamente e, portanto, depende de previsões probabilísticas.

Pela prática forense verificamos que, algumas vezes, a norma trata desiguais de modo igual em um processo judicial com vistas a permitir, por exemplo, ampla defesa e contraditório, elementos essenciais para a imparcialidade no julgamento. É este um dos mecanismos processuais de um litígio de natureza trabalhista ou consumerista.

A desigualdade que é vista por estes processos judiciais é a desigualdade material construída pela sociedade (pobres e ricos). Combater esta desigualdade material no âmbito da educação é o propósito desta norma constitucional e um dos propósitos do PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS”. O barateamento de peças da indústria de informática, o avanço da tecnologia e a necessidade em massa criada por este PROJETO são os três elementos que permitem a aquisição, a baixo custo, dos computadores necessários para as pessoas assistirem as aulas ministradas nas universidades públicas e que se encontram armazenadas na Internet.

Em poucas palavras, o que se busca é a supremacia do esforço sobre o capital, o qual muitas vezes é herdado e se constitui como principal via de acesso às universidades públicas.

Contra aquele que argumentar em sentido oposto, basta pedir para que visite os estacionamentos das universidades públicas brasileiras e, em especial, aos estacionamentos de cursos tidos como tradicionais, como Direito, Medicina e Engenharia, para que veja muitos carros que só são acessíveis a quem possui alta renda e teve oportunidades de estudar nos melhores colégios e cursinhos preparatórios.

**3.3. CF, Art. 206, II – “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II. liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.**

A liberdade (no sentido de ausência de impedimentos contrários à vontade) está intimamente relacionada com a igualdade. Sem esta não é possível ter aquela, pois uma constitui a outra.

Até mesmo em Hobbes, um pensador do absolutismo, é possível encontrar este posicionamento.

Este filósofo irá dizer que cada indivíduo, tendo em vista a igual capacidade física e intelectual somada ao igual medo da morte e a igual aspiração à felicidade, é naturalmente igual aos seus pares, sendo as diferenças entre um e outro indivíduo desconsideráveis para a esfera política, a qual visa justamente homogeneizar diferenças ao submeter todos igualmente ao império da lei.

Para Hobbes, a liberdade de se fazer tudo o que se quiser deve ser limitada pela igual submissão ao poder soberano, restando como inatingível apenas a liberdade de se fazer tudo o que estiver ao alcance para a própria preservação.

Assim, a igualdade em Hobbes se dá tanto em um plano natural (dado) como em um plano construído pelo engenho humano, acabando por se constituir a liberdade na possibilidade de se fazer tudo aquilo que não é proibido pelo poder soberano. A liberdade para contratar é um exemplo.

Ora, sem estudo torna-se impossível, como já dito, o desenvolvimento das potencialidades do ser humano, estando aquele que não possui conhecimento algum fadado a nunca conseguir trabalho e a nunca se orientar por si mesmo dentro da sociedade.

Deste modo, constitui-se a educação, com base na apropriação de parte dos argumentos hobesinianos, em verdadeiro direito que assegura a sobrevivência na sociedade contemporânea e, portanto, liberdade que todo indivíduo possui e que o Estado não pode suprimir.

Em oposição ao pensamento de Hobbes, no condizente a nossa natureza, têm-se o pensamento de Hannah Arendt, segundo o qual somos naturalmente diferentes e o que nos torna igual é o engenho humano que constrói o espaço público (político). Neste sentido, pode-se dizer que a liberdade consiste no respeito à diferença que cada um naturalmente possui.

Nas palavras de Drummond, poderíamos dizer que “*cada ser humano é um estranho ímpar*” e que, portanto, a liberdade consiste justamente em podermos continuar sendo um estranho ímpar sem que haja algo que atente contra esta nossa natureza ontologicamente singular.

Outro ponto importante a ser tocado é que é fato notório a nossa impossibilidade de escolha da língua materna. Nós a herdamos no exato momento em que nascemos no seio da família que a fala, sendo que, muitas vezes, nossa língua é diferente da do nosso vizinho.

Ora, sem liberdade para se educar e difundir o pensamento oriundo da reprodução e da produção do conhecimento aprendido, torna-se impossível o reconhecimento das diferenças do vizinho (do outro) e, por conseguinte, torna-se impossível o reconhecimento de si próprio como algo singular, único.

Vê-se, deste modo, que mesmo partindo de pontos diferentes quanto à natureza do ser humano, seja adotando um ponto de partida hobesiano, seja adotando um ponto de partida arendtiano, chega-se ao consenso de que a *liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o*

*saber* é elemento necessário para o desenvolvimento das potencialidades humanas.

Se, por um lado, tal liberdade garante a própria sobrevivência do indivíduo na sociedade contemporânea, por outro, a liberdade em apreço também se mostra como elemento necessário para o próprio reconhecimento de si, o que só é possível por meio da educação que exercita o reconhecimento do outro.

**3.4. CF, Art. 206, III – “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: III. pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”.**

Este é outro ponto que viabiliza o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” ao defender, com força de norma constitucional, o pluralismo das idéias e concepções pedagógicas.

Nada impede, em razão desta disposição, que haja a adoção, pelo Poder Público, deste novo método de ensino, lembrando que aquilo que muda de modo mais radical com ele é o conceito de exposição de um conhecimento.

Se em menos de 20 anos a Internet tornou-se algo indispensável para a vida das pessoas, mudando seus hábitos e o modo de relacionamento entre os indivíduos, é muito provável que as gerações futuras se amoldem a este novo método de acesso ao conhecimento.

Na história da educação, podemos vislumbrar dois métodos extremos em relação ao aprendizado. Um que se pauta na liberdade total dos indivíduos de fazerem o que quiser e outro que se pauta no autoritarismo, segundo o qual o estudante não deve falar e criar, mas apenas ouvir e reproduzir.

Primeiramente, devemos analisar que a questão de se fazer o que quiser passa pela questão de gostar de fazer algo e, portanto, passa pela questão de se conhecer minimamente este algo.

O PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” garante mais chance de acerto para o estudante secundário na escolha daquilo que ele quer estudar, tendo em vista, que tal estudante, antes de adentrar regularmente ao curso, pode assistir algumas aulas.

Assim, possibilita-se maior adequação das aspirações do estudante à realidade do trabalho que ele desempenhará, na grande maioria das vezes, para o resto de sua vida.

O PROJETO também permite a interdisciplinariedade, tendo em vista que a aula de outro curso está acessível a todos pela Internet.

Ora, interdisciplinariedade é causa de inovação e desenvolvimento, pois, ao se conectarem áreas distintas do conhecimento, produzem-se novos campos de pesquisa.

Um aluno que, por exemplo, estuda Filosofia do Direito na sua Faculdade de Direito, pública ou particular, pode assistir, como modo de aprofundamento da matéria, uma aula de Filosofia Política em uma Faculdade de Filosofia de uma Universidade Pública, assim como o inverso também é possível, isto é, um aluno de Filosofia frequentar aulas de Direito com o escopo de se aprofundar.

Deste modo, a autoridade acabaria por residir concentradamente não no modo de se explicar uma matéria e conduzir um grupo, visto que cada um poderia assistir a aula ministrada em qualquer local do planeta e a qualquer hora, mas, principalmente, na autoridade oriunda da avaliação do conhecimento daqueles que assistem as aulas virtuais por meio de provas.

**3.5. CF, Art. 206, IV – “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: IV. gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”.**

Contemporaneamente, não existe modo mais eficiente de tornar alguma idéia gratuita do que a sua exibição na Internet sem restrições de acesso.

O princípio da gratuidade está intimamente ligado ao princípio da igualdade, pois ao se possibilitar acesso a todos supera-se as exclusões causadas pela desigualdade econômica.

Para derrubar este argumento poder-se-ia dizer que não há inclusão digital para todos. Isto, de fato, ocorre. No entanto, há de se considerar que existe muito mais acesso à internet do que aos estabelecimentos públicos de ensino, o que, por si só, basta para que o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” seja levado adiante, inclusive sobre o crivo de uma perspectiva econômica.

**3.6. CF, Art. 206, V – “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: V. valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos”.**

Dois pontos importantes devem ser considerados em relação a esta norma constitucional e ao PROJETO.

O primeiro consiste na noção de que o concurso público de provas e títulos é um meio de se garantir que bons profissionais ministrem as aulas, zelando-se, desta forma, pela qualidade na reprodução e produção do conhecimento humano.

A opinião pública, em um Estado Democrático de Direito, consiste no melhor método de controle da correta prestação dos serviços a que o Estado está obrigado a fazer às pessoas que estão sob sua jurisdição.

Neste sentido, o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” permite ao contribuinte a averiguação do gasto de seu dinheiro destinado à educação, podendo averiguar se o professor está de fato dando aula ou se está se fazendo substituir em sua função, por exemplo, por seus orientandos, fato que, infelizmente, não é raro em algumas áreas, bem como, permite ao contribuinte avaliar a qualidade da aula.

Como segundo ponto importante a ser considerado tem-se a possibilidade de se instituir uma meritocracia baseada na maior remuneração extra daqueles professores cujas aulas são as mais acessadas.

**3.7. CF, Art. 206, VI – “*O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VI. gestão democrática do ensino público, na forma da lei*”.**

O reconhecimento do esforço de cada professor no desempenho de sua função e o reconhecimento do sucesso resultante deste esforço, bem como a noção de pluralidade de idéias e concepções pedagógicas, pontos que já foram explicitados, consistem em elementos de gestão democrática.

Gestão é o mesmo que orquestração. Ora, não há modo mais eficiente de se orquestrar uma multidão de elementos complexos do que por meio de redes virtuais, as quais possibilitam que as partes mais distantes e menores tenham voz dentro do todo que constituem, de modo transparente, seguro e instantâneo.

**3.8. CF, Art. 206, VII – “*O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VII. garantia de padrão de qualidade*”**

Como já dito, o padrão de qualidade poderá ser inspecionado de perto por qualquer um em qualquer local do planeta. Mais controle democrático do Poder Público do que o exercido pela sociedade civil diretamente parece impossível.

Para aqueles que possuem uma vertente cosmopolita, imaginem este controle em um nível mundial, considerando que todos os países aderissem a este método como consequência de uma deliberação internacional da ONU.

**3.9. CF, Art. 207. “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VIII. As universidades gozam da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.**

Esta norma constitucional permite que o PROJETO seja amoldado por cada universidade de modo a atender as suas características particulares e os recursos de que dispõe.

Como ensino, pesquisa e extensão devem ser tidos como indissociáveis, visto que dificilmente é possível fazer alguma crítica consistente sem o mínimo de contato anterior com o assunto objeto de crítica, o PROJETO deve abranger as aulas ministradas na graduação e na pós-graduação.

**3.10. CF, Art. 207, § 1º “É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei; § 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica”.**

Mais uma vez, o cosmopolitismo passa a fazer parte da ordem do dia na sociedade global em que vivemos. Como exhaustivamente dito e sabido, a Internet é um território global, que apesar de estar submetidas às legislações dos Estados, não possui fronteiras. Afinal, em se realizando este PROJETO no

âmbito do Mercosul, poderá um brasileiro acessar e assistir uma aula de um professor argentino e vice-versa.

O que se deve salientar é a possibilidade que o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” tem de aumentar a qualidade e acelerar a produção do conhecimento humano através da facilitação do relacionamento entre os professores, pesquisadores e alunos.

Além disso, em países de grande território e diversificação cultural, tal PROJETO consiste em elemento de integração regional.

**3.11. CF, Art. 208. “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: II – progressiva universalização do ensino médio gratuito”.**

Nada obsta que o PROJETO abranja, também, a área de ensino médio. Em experimento realizado em uma parte pobre da Índia, verificou-se que o processo de aprendizagem autodidata das crianças que tiveram contato com computadores públicos foi intenso e produtivo.

Neste experimento, um computador foi deixado fixado em meio a bolsões de pobreza, sem nenhum professor, e as crianças, que nunca tinha tido contato com esta tecnologia, em poucas semanas, haviam dominado grande parte dos recursos disponibilizados na máquina.

**3.12. CF, Art. 208, III – “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: III. atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.**

Não desconsiderando a necessidade de interação que os portadores de deficiência devem possuir com os outros indivíduos da sociedade, o que pode ser feito por diversos meios, bem como, não desconsiderando a necessidade

das pessoas tidas como normais conviverem com portadores de deficiência para melhor lidarem com aquilo que é diferente, o PROJETO permite a redução do esforço físico que as pessoas portadoras de deficiência precisam fazer para se educarem.

Uma pessoa com dificuldade de locomoção ou deficiência visual não precisaria ir até o estabelecimento de ensino para aprender, mas, tão somente, para conviver com outras pessoas.

Em relação ao espaço, o mesmo vale para a pessoa que mora na grande capital e gasta no trânsito, para se locomover do trabalho ou residência até a universidade, muitas vezes, o equivalente a uma aula de 2 horas.

Economia de esforço e tempo, portanto, maior conforto, é um dos benefícios que o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” pode trazer para as pessoas.

**3.13. CF, Art. 208, V – “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: V. acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.**

O termo “segundo a capacidade de cada um” indica-nos que a classificação das pessoas em grupos com determinadas características é algo que deve se fazer para se atingir um mínimo de organização e avaliação.

Como já dito, todo ser humano é um estranho impar e, deste modo, todo ser humano possui particularidades que ninguém mais possui, senda a história de vida um exemplo.

Nenhum ser humano pode possuir as mesmas experiências do que outro, pois, por exemplo, é impossível que dois corpos ocupem o mesmo lugar

no espaço e, portanto, é impossível que dois corpos vejam o tempo passar pela mesma perspectiva.

A individualização do ensino permite sua melhora de modo assustadoramente incrível.

O aluno caminhará de acordo com o seu ritmo, o que não significa que não precise atingir metas pré-estabelecidas de conhecimento, mas, tão somente, significa que poderá acelerar o máximo possível o seu aprendizado ou reforça-lo gratuitamente (mesmo aquele aluno de estabelecimento de ensino particular) a partir das aulas disponibilizadas na Internet.

Ao sentir dificuldade em ou atração por uma matéria, o estudante pode acessar o conteúdo educacional que deseja sem depender da permissão de alguém para fazer isto.

**3.14. CF, Art. 208, VI – “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: VI. oferta de ensino noturno regular, adequado as condições do educando”.**

O ensino noturno existe, basicamente, porque muitas pessoas precisam trabalhar para se sustentar. O PROJETO permite que as aulas sejam assistidas inclusive de madrugada e aos finais de semana.

Assim, se a pessoa perdeu a aula, ela pode assisti-la quando puder e quando quiser. O PROJETO é a flexibilização máxima do processo de aprendizagem, tanto no que diz respeito ao tempo quanto no que diz respeito ao espaço.

Ao se analisar este PROJETO do ponto de vista de um curso virtual regular que vise preparar um indivíduo para o exercício de uma atividade complexa na sociedade, pode-se opor, a primeira vista, o argumento de que as

peças não teriam regularidade, que é fundamental para o aprendizado, além do problema de grande parte das peças ser indisciplinada, o que agravaria a situação da regularidade.

Ocorre que, mais cedo ou mais tarde, o indivíduo precisará compreender que, para realizar um projeto em sua vida, é necessário disciplina, e para se ter disciplina é preciso exercer com regularidade a atividade meio que se vincula ao fim almejado.

Assim, o PROJETO propiciará aos indivíduos a aquisição de autodisciplina desde cedo, propiciando-se um ambiente favorável para o desenvolvimento de peças que tem maior probabilidade de realizar seus desejos e, portanto, ser bem sucedidas. Aliás, aquilo que aprendemos desde cedo se torna algo comum e, portanto, confortável.

Não obstante, as avaliações, que podem ser feitas virtualmente de inúmeros modos e até presencialmente com a apresentação de documento de identidade com foto, dificultam o êxito de empreitadas que visem conquistar certificados de conhecimento para peças que não empreenderam esforço algum.

### **3.15. CF, Art. 208, § 1º – “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.**

Em primeiro lugar, o que importa ressaltar nesta disposição constitucional é o termo “direito público”, que significa a existência de uma prestação do Estado para com todos os cidadãos, e não uma prestação de um cidadão para outro cidadão, como acontece na esfera privada do direito.

Em segundo lugar, devemos nos voltar para a análise do termo “subjetivo”, que significa uma possibilidade de se pretender ou fazer algo, realizando o que a norma dispõe em seu texto.

A palavra “subjetivo”, neste sentido, aproxima-se da noção de concretude, realidade, prática, enquanto seu oposto, a palavra “objetivo”, aproxima-se da noção de abstração, normalização, teoria.

O direito público é subjetivo porque é realizável por uma pessoa, seja ela natural ou fictícia, sendo um exemplo o direito de impetrar ação judicial, o qual todos possuem, mas nem todos o realizam ao mesmo tempo, por falta de legitimidade e interesse processual.

Já o direito público objetivo não se realiza. É *in potentia*, é a norma. É o universal que abarca todos os particulares que o constituem. Se o termo “objetivo” não fosse considerado assim, mas fosse considerado como que possuindo fundamento no igual império que a norma exerce sobre todos, cair-se-ia em um pleonasma com o termo “público”.

Assim, o termo “objetivo” se refere a uma realidade independente do observador, seja tal realidade a natureza racional do ser humano ou a construção cultural dos ordenamentos jurídicos enquanto direito posto (positivado).

Portanto, quando a CF diz que o acesso ao ensino gratuito é direito público subjetivo ela expressa que todos temos igualmente o direito de exigir do Estado esta prestação de serviço educacional (direito público) e que tal prestação é realizável (direito subjetivo), pois é passível de garantia, seja por um princípio jurídico, seja por uma disposição legal (direito objetivo). Note-se, portanto, que é impossível existir direito subjetivo sem direito objetivo.

**3.16. CF, Art. 208, § 2º – “O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.**

Apesar desta disposição normativa se referir prioritariamente ao ensino fundamental, deve-se fazer uma interpretação extensiva da mesma quanto a oferta irregular do ensino público, o qual, como já dito, poderá ser fiscalizado por todos pois estará acessível pela Internet.

**3.17. CF, Art. 209 – “O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.**

Na década de 50, o ensino público brasileiro (correspondente na atualidade brasileira ao ensino médio somado ao aprendizado técnico) possuía mais excelência do que o ensino privado.

Desta década para a atual houve uma inversão na qualidade, passando o ensino público médio a ser considerado ruim em comparação com o privado.

No ensino superior tal inversão não ocorreu, mas vislumbramos uma disseminação de faculdades privadas de péssima qualidade, bem como, vislumbramos o alcance, por outras instituições privadas, da mesma excelência do ensino ministrado nas universidades públicas.

Diante de tais fatos, talvez, a primeira colocação que venha a nossa mente diz respeito à hipótese segundo a qual a iniciativa privada sumiria da área de educação. Se tal hipótese for verdadeira, teremos, por razões óbvias, grande problema em colocar este projeto em prática. Passemos, então, a testar tal hipótese.

A iniciativa privada, que não se sustenta sem a esfera pública que garanta o cumprimento dos pactos entre os particulares, possui suas mais fortes razões de existência nas idéias liberais, que possuem como perspectiva a naturalidade da competição entre indivíduos que são ontologicamente racionais e auto-interessados.

Ora, o PROJETO não vai contra esta perspectiva, mas, pelo contrário, corrobora para a seleção dos mais aptos na competição a partir do momento em que a iniciativa privada vai ter que possuir mais excelência do que a pública para atrair seus alunos.

Neste sentido, o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” será o catalisador necessário para agilizar o processo de melhora do ensino ministrado por instituições privadas, as quais, inclusive, poderiam levar a público certa porcentagem das suas melhores aulas como meio de atrair estudantes.

**3.18. CF, Art. 211 – “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 1º A União, organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”.**

Esta disposição constitucional demonstra a busca de unidade da educação dentro da nossa Federação, o que é necessário para construir uma identidade nacional brasileira.

Neste sentido, é importante que atentemos para o termo “garantir equalização de oportunidades educacionais”.

Ora, é fato notório que algumas regiões do país carecem mais do que outras de recursos para a educação. As aulas gravadas e disponibilizadas na Internet permitem justamente diminuir esta diferença material ao permitir que

um aluno de um curso de um Estado com menos recurso possa assistir a aulas de um curso de outro Estado.

Não obstante, também se possibilitará com o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” o maior conhecimento das particularidades de cada região. Por exemplo, um aluno do Estado de São Paulo poderá assistir uma aula de Direito Agrário em uma Universidade do Centro Oeste, em que os eventos relacionados a esta área do Direito são muito mais frequentes. Da mesma forma, este aluno do Centro Oeste do País poderá assistir uma aula de Direito Marítimo em uma Universidade de um Estado que possui litoral, como a Bahia ou o Rio de Janeiro.

**3.19. CF, Art. 212 – “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.**

Para refletir sobre esta norma constitucional, devemos, primeiramente, atentar para a quantidade e importância das atuais pastas ministeriais. Mas como estas são muitas, atentemos apenas para aquelas grandes áreas que vem à nossa mente quando pensamos em como gastar as verbas públicas, quais sejam, a educação, a segurança (incluído o poder judiciário), a alimentação, a moradia, a saúde e o transporte.

Notem que pensamos em apenas 6 áreas. Se considerarmos que a União terá que aplicar 18% e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão aplicar 25%, podemos concluir tais proporções dos impostos (que representam a maior parte da arrecadação tributária), refletem, caso houvesse uma distribuição proporcional [ou seja, de 20% (100% / 6)], a educação como a área mais importante dentre as citadas no caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

É claro que ninguém se educa sem alimento, moradia ou trabalho, sendo estas áreas elementos constitutivos de qualquer sociedade. Assim, quando se diz que as proporções dos impostos refletem a maior importância da área educacional, está-se, tão somente, mostrando o que foi estabelecido pelo legislador constitucional como a causa constitutiva da sociedade que deve ser realizada de modo primeiro.

**3.20. CF, Art. 213 – “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas...§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recurso, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade; § 2º As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público”.**

O que se deve ressaltar nesta norma é a expressão “quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública”.

É justamente a supressão das limitações físicas de falta de vagas e cursos na região do estudante que o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” visa, tendo em vista que a virtualidade permitirá uma pessoa no interior do Estado de Roraima assistir uma aula dada no Estado do Rio Grande do Sul.

**3.21. CF, Art. 214 – “A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à:...II – universalização do atendimento escolar; III – melhoria**

*da qualidade do ensino, IV – formação para o trabalho; V – promoção humanística, científica e tecnológica do País”.*

Pode-se dizer que o PROJETO é instrumento para se atingir os ideais aludidos neste artigo constitucional, visto que, respectivamente, propiciará que muito mais pessoas tenham acesso ao atendimento escolar, já que as limitações físicas diminuirão; fomentará e permitirá a fiscalização do conhecimento reproduzido em sala de aula; dotará mais indivíduos de conhecimentos técnicos necessários para a realização de trabalhos especializados; e, a partir do armazenamento digital das aulas, promoverá os o desenvolvimento cultural e, por conseqüência, material, do País.

**3.22. CF, Art. 215 – “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.**

O termo manifestação cultural deve ser compreendido de modo amplo, com vistas a possibilitar a consideração de qualquer manifestação do engenho humano, inclusive a aula de um professor, como manifestação cultural.

Nada nos impede de apreendermos uma separação entre o mundo cultural e o mundo material consistente na separação entre fenômenos de ordem física e fenômenos que não possuem concretude, mas que também são reais. No entanto, a cultura se expressa de modo físico também.

Assim, o mundo cultural abarca tudo aquilo que o ser humano produziu em termos de conhecimento e valores, não importando se tais produtos encontram-se consubstanciados em uma base material e/ou intelectual.

Neste sentido, uma casa do início do século passado constitui-se como bem patrimonial cultural, sendo a forma arquitetônica esculpida na construção aquilo que imprime grande valor àquela matéria.

**3.23. CF, Art. 215, § 3º – “A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I. defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II. produção, promoção e difusão de bens culturais; III. formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV. democratização do acesso aos bens de cultura; V. valorização da diversidade étnica e regional”.**

Vê-se, desde logo, que esta disposição constitucional sintetiza os objetivos do PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS”. Ao se gravar as aulas dadas pelos professores nas Instituições Públicas de Ensino e ao disponibilizá-las na Internet, está-se (i) defendendo e valorizando o patrimônio cultural, pois o armazenamento digital das aulas permite a produção de cópias destas aulas; (ii) difundindo os bens culturais produzidos pelos professores; (iii) possibilitando a formação de pessoal qualificado, tendo em vista (iv) a democratização do acesso às aulas; e também se está (vi) valorizando a diversidade ética e regional a partir do momento em que o espaço deixa de ser empecilho para a integração.

**3.24. CF, Art. 216 – “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.**

Esta norma constitucional corrobora com a idéia expressa de cultura em que tanto objetos materiais quanto imateriais são elementos constitutivos do patrimônio cultural.

Ademais, por meio do PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS”, áreas como Publicidade, Marketing e Educação, dentre várias outras, poderiam se beneficiar ao ter a possibilidade de compreender como a realidade regional influencia na expressão do conhecimento humano.

**3.25. CF, Art. 216, § 1º – “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.**

Tal disposição indica-nos que o Poder Público tem o poder-dever de proteger o patrimônio cultural referente às aulas dadas nas Universidades Públicas, e que tal patrimônio é interesse público e, portanto, respeitados os limites constitucionais, deve prevalecer sobre o interesse privado, sendo a menção ao instituto da desapropriação prova disto.

É importante estarmos atentos para a expressão “colaboração da sociedade”. Ora, ao permitir que todos tenham acesso às aulas disponibilizadas na Internet, permite-se a melhor proteção que qualquer patrimônio pode ter, que é justamente a vigilância feita pelo seu dono, que, neste caso, é o povo.

**3.26. CF, Art. 216, § 2º – “Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.**

A pergunta que logo é posta quando da leitura deste artigo consiste em saber se as aulas são documentação governamental.

Ora, se as aulas são fruto de uma prestação de serviço público, elas são, assim como o processo judicial, documentação governamental e devem, deste modo, deveria o Estado a elas dar tratamento adequado.

No entanto, um Centro/Diretório Acadêmico de Universidade Pública, é, certa forma, uma organização que possui natureza não privada e, na ausência de atitude por parte do Governo, nada impede que tais organizações cuidem daquilo que é de todos.

**3.27. CF, Art. 216, § 3º – “A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”.**

Independentemente de se poder levar adiante o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” sem verbas públicas, tal norma constitucional viabiliza que o mesmo seja incentivado com estes recursos, o que agilizaria em sua implantação, bem como uniformizaria, e, portanto, facilitaria, o modo de acesso às aulas gravadas.

**3.28. CF, Art. 216, § 4º – “Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”.**

Dispositivo que a primeira vista pode ser tomado como irrelevante, quando de uma leitura mais atenta mostra-se fundamental para a viabilização do PROJETO. Isto se deve ao fato de que este normativo constitucional mostra-se como a base de preservação dos dados digitais das aulas contra ataques de infratores virtuais (hackers, crackers, pheakers, etc).

**3.29. CF, Art. 216, § 6º, – “É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados”.**

Mais uma vez a Constituição Federal permite o fomento do PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” a partir de recursos públicos.

**3.30. CF, Art. 218 – “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas... § 3º. O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho”.**

Ora, a conectividade possibilitada pelo PROJETO entre pesquisadores é imensa, bastando pensar, neste sentido, na disponibilização da gravação de procedimentos cirúrgicos realizados nos grandes centros hospitalares e no ganho que os estudiosos da medicina terão ao poderem ver tal cirurgia.

Isto, que atualmente já é feito em alguns lugares do globo, pode ser armazenado em uma grande biblioteca virtual, que poderá ser acessada pelas novas gerações, como adiante se demonstrará.

**3.31. CF, Art. 218, § 5º – “É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica”.**

Mais uma vez a Constituição Federal permite o fomento do PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” a partir de recursos públicos.

**3.32. CF, Art. 219 – “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.**

Em relação a esta disposição constitucional vale lembrarmos os ganhos que a indústria de equipamentos de áudio-visual e de edição de vídeos terá com o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS”.

Quantas serão as câmeras necessárias para atender a as salas de aulas como um país como o Brasil?

**3.33. CF, Art. 220 – “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.**

Esta norma constitucional guarda sua importância na impossibilidade de se vetar, autoritariamente, que o professor reproduza a sua forma e o seu pensamento, desde que, obviamente, não haja atentado contra direito de outrem.

**3.34. CF, Art. 5º – “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.**

Um argumento que poderia se levantar contra o PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS” consiste na sustentação de que o professor possui, como qualquer outra pessoa, uma imagem, a qual é passível de proteção constitucional. Poder-se-ia dizer que a exposição na Internet pode ser considerada como uma violação da privacidade. Passemos, então, a refletir sobre este posicionamento.

Primeiramente, a pessoa que se dispõe a dar uma aula dispõe-se a se apresentar para uma platéia. É requisito básico para o magistério que o indivíduo tenha capacidade para trabalhar com várias pessoas ao mesmo

tempo, coordenando-as. Assim, o professor deve possuir desenvoltura para lidar com o público.

Ora, a própria definição de servidor público carrega a noção de que se deve servir várias pessoas, e o professor de uma Universidade Pública é um servidor público.

Ademais, por todo o já exposto, parece clara a supremacia, no caso deste PROJETO, do Interesse Público sobre o Privado, assegurados, obviamente, a proteção da participação do professor nesta obra coletiva, o qual, inclusive, como já dito, poderá ganhar mais quanto mais acessada for sua aula.

#### **4. VIABILIDADE TÉCNICO-ECONÔMICA**

O surgimento de novas tecnologias audiovisuais, proporcionado pelo desenvolvimento de câmeras e filmadoras digitais e pelo desenvolvimento da Internet e seus aplicativos, permite a viabilidade técnica do PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS”.

Instrumentos tecnológicos de fácil manuseio e com ótimos recursos de armazenamento e edição de vídeos permitem as pessoas comuns expressarem suas idéias em uma mídia que pode ser disponibilizada para todos e que pode ser duplicada, para fins de segurança, sem grandes dificuldades. O fenômeno do *YouTube* é a prova de que isto está acontecendo.

Atualmente, existem 3 gerações de filmadoras.

A primeira geração, mais antiga, grava em miniDV, uma espécie de fita.

A segunda é composta por filmadoras que gravam em miniDVD (gravável ou regravável), queimando esta mídia diretamente no tempo da gravação, e gravam em memória flash (aquela utilizada pelas máquinas fotográficas, as quais também gravam vídeos).

E a terceira geração é constituída por filmadoras que possuem um disco rígido interno, o que possibilita maior tempo de gravação.

O preço destas filmadoras, obviamente, variará de acordo com a geração, custando a filmadora em miniDV, atualmente (fevereiro de 2008), em torno de R\$ 600,00 e a filmadora que grava em miniDVD, em torno de R\$ 1.100,00. As filmadoras de terceira geração podem ser encontradas por R\$ 1.600,00, em seus modelos mais básicos.

Juntamente com este equipamento, será necessário um tripé, o qual pode ser adquirido em uma versão quase que profissional, por R\$ 100,00 e, no caso da primeira e segunda geração, das mídias respectivas. Um miniDVD Regravável, que pode ser utilizado em qualquer aparelho de DVD e no computador, custa em torno de R\$ 40,00 e a memória flash, com capacidade para 2.0G, em torno de R\$ 80,00.

Assim, com cerca de R\$ 1.500,00 é possível adquirir um equipamento razoável.

Mas, ainda é possível reduzir mais o custo dos equipamentos necessário para a realização deste projeto acoplando uma *webcam*, que pode ser achada até por R\$ 50,00, a um *notebook* e utilizando programas de captura e edição de vídeo, como, por exemplo, o *Windows Movie Maker*, que pode ser baixado e instalado gratuitamente.

Ora, um particular ou um grupo de particulares de um curso tradicional de uma Universidade Pública, como Direito, possuem esta quantia para armazenarem, para o resto de suas vidas, as aulas que assistiram na faculdade.

Ora, a maioria dos Diretórios/Centros Acadêmicos dispõe desta quantia para aplicar em uma melhoria pioneira para os alunos.

Ora, uma Universidade Pública, obviamente, pode reduzir tais custos quando da aquisição, em grande quantidade, dos equipamentos necessários para a realização do PROJETO “EDUCAÇÃO PARA TODOS”, quando não já os possui para determinados cursos.

O preço para a postagem do vídeo na Internet pode ser reduzido a zero se for utilizadas estrutura como *YouTube* ou ser mantido a um preço baixo se da utilização dos equipamentos das próprias Universidades.

Claro que se mostra conveniente a organização deste material, o que pode ser feito por qualquer um que se disponha, por exemplo, a fazer uma lista com os endereços de vídeoaulas de todas as Faculdades ou de alguma Faculdade.

Qualquer pessoa pode, por exemplo, criar uma página com links para os vídeos armazenados no YouTube de diversas Faculdades Públicas de Ciências Sociais. Não obstante, a própria Faculdade pode armazenar e organizar em seu site os vídeos.

Desta forma, a viabilidade técnico-econômica é algo que não necessita de nenhuma criação de tributo ou algo do gênero, mas, tão somente, de pouquíssimos recursos financeiros e boa vontade das pessoas que devem estar comprometidas com a educação, ou seja, boa vontade de todos os cidadãos.

Portanto, se você é um professor da rede de ensino pública, grave suas aulas e as disponibilize na Internet.

Portanto, se você é estudante, grave as aulas do seu professor e as disponibilize na Internet. Caso ele não permita que você grave, não apenas invoque as normas constitucionais aqui comentadas, mas, também, pergunte se ele acredita que a educação deve ser para todos ou apenas para alguns.

## 5. POR UMA BIBLIOTECA VIRTUAL DO CONHECIMENTO HUMANO

Imagine uma biblioteca virtual em que é possível acessar uma videoaula de um professor tido como excelente e que já morreu.

Imagine que um pesquisador poderá compreender como determinado conhecimento era transmitido há dez anos e qual conhecimento era transmitido em um exato momento do tempo passado.

Imagine que todos possuam acesso a qualquer conhecimento de qualquer área produzido em uma sala de aula de uma Universidade Pública.

Imagine como tal biblioteca poderá acelerar e melhorar a produção do conhecimento humano.

Agora, imagine que tudo isto é possível e que você pode fazer parte deste empreendimento comum chamado “EDUCAÇÃO PARA TODOS”. **São Paulo, 08 de fevereiro de 2008.**

---

§

→ [Índice](#): p. 11

**III**

**PROJETO**

**“JUSTIÇA EFICIENTE”**

*Direitos autorais reservados a  
Rafael Augusto De Conti*

*01 de abril de 2008*

[www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com)

## RESUMO

**O PROBLEMA:** Perda da eficácia da tutela jurisdicional recursal em razão da composição de Turmas Julgadoras cujos membros possuem o mesmo posicionamento em questões objeto de dissídio jurisprudencial.

**SUGESTÃO DE SOLUÇÃO:** Fazer a composição destas Turmas Julgadoras com vistas a permitir equilíbrio de posicionamento, o qual acarretará, por consequência, maior grau de tratamento equitativo às partes litigantes. Trazendo-se eficácia para o Poder Judiciário (Justiça), traz-se mais justiça.

**SUGESTÃO DO MÉTODO:** Identificação do posicionamento dos julgadores e posterior cruzamento dos dados obtidos com vistas a balancear o grau de imparcialidade da turma com a correta escolha prévia de seus membros.

### 1. UM NOVO CAMPO DO DIREITO

1.1. A quantificação (mensuração) do mundo em dados estatísticos vem se demonstrando como um ponto seguro para a tomada de decisões.

1.2. Seja para uma decisão sobre estratégia de marketing, seja para uma decisão judicial, possuir informações privilegiadas passou a ser o grande diferencial para a construção de soluções sustentáveis de problemas oriundos da interação entre seres humanos.

1.3. As possibilidades de tratamento de informações criadas pelas novas tecnologias permitem desde o aceleração do processo de produção de conhecimento humano até a aquisição de mais eficiência e, por consequência, justiça, para as decisões emanadas do Estado.

1.4. O mundo jurídico já está se voltando para esta tendência de trabalhar informações com vistas a otimização de processos e a área de Direitos Humanos é um exemplo.

1.5. A Prefeitura do Município de São Paulo possui um departamento que mensurou o desrespeito dos direitos humanos em determinadas regiões (acesse o resultado: [http://www.rafaeldeconti.com/biblioteca/SIM\\_DH/SIM\\_DH/](http://www.rafaeldeconti.com/biblioteca/SIM_DH/SIM_DH/)). Além de se atingir o objetivo de melhor se repreender crimes, ao se saber como, quando e onde estes ocorrem torna-se possível a maximização do sucesso de ações sociais que previnem a criminalidade.

1.6. É preciso mensurar o maior número possível de fatos atinentes ao mundo jurídico. O presente Projeto intenta apresentar uma teoria de otimização do sistema judicial recursal que se utilizará da mensuração dos posicionamentos divergentes dos julgadores.

**2. O PROBLEMA: Perda da eficácia da tutela jurisdicional recursal em razão da composição de Turmas Julgadoras cujos membros possuem o mesmo posicionamento em questões objeto de dissídio jurisprudencial.**

2.1. Não é preciso mensurar (pois todos já sabem) o grau de imparcialidade de uma turma de juízes no julgamento de questões objeto de dissídios jurisprudenciais quando se sabe que todos os julgadores possuem o mesmo posicionamento.

2.2. Por ser a imparcialidade elemento constitutivo do tratamento isonômico devido pelo Estado às partes litigantes, quando se petrifica uma instância julgadora em razão de três posicionamentos iguais acerca de uma mesma questão, atenta-se contra o direito de defesa, pois se está dando ao litigante um instrumento que, na prática, não atingiu sua finalidade, a qual é uma revisão

técnica e imparcial feita por um colegiado. O colegiado serve justamente para afastar ainda mais a decisão da subjetividade. A comunhão de várias visões traz objetividade e, portanto, neutralidade.

2.3. Sabemos que é impossível retirar o elemento subjetivo de um julgamento, mas é possível reduzi-lo garantindo-se imparcialidade, a qual, como sabemos, constitui-se no tratamento isonômico das partes litigantes.

2.4. Se três desembargadores de um Tribunal de Justiça possuem a mesma visão sobre um fato, o recurso impetrado serviu apenas para atrasar a prestação efetiva jurisdicional que o Estado está obrigado a dar a seus cidadãos.

2.5. Além de corroborar com a diminuição do poder soberano, a qual é explicitada na ineficiência do estado em atender as demandas feitas pelos indivíduos, a petrificação de uma instância julgadora recursal engendra a decrepitude do próprio desenvolvimento das instituições do poder judiciário, a partir do momento em que engendra a destruição da confiança do povo nestas instituições.

2.6. O mesmo movimento dialético (tese - anti-tese - síntese) que permeia a própria natureza do processo judicial (requerente - requerido - julgador) deveria permear, também, a estrutura constitutiva de uma turma julgadora (julgador que tem visão “x” - julgador que tem visão contrária a visão “x” - julgador cuja visão sintetiza elementos que compõem as duas outras visões).

2.7. Mas, obviamente, o julgador cuja visão sintetiza elementos que compõem as duas outras visões muitas vezes não existe, restando como saída a garantia de um mínimo de divergência de posicionamento dentro da Turma Julgadora formada, o que se dá, no caso de Turmas compostas por três membros, com a garantia de que um deles pense de modo contrário aos outros dois.

2.8. O embate de idéias, endógeno a própria Turma, é o que permite a maior imparcialidade nos julgamentos, bem como, é o que permite o esclarecimento das questões. Turmas julgadoras com membros que pensam diferente, na proporção correta, acarretam em maior debate de idéias e, portanto, maior reflexão sobre o julgamento e renovação do Judiciário.

**3. SUGESTÃO DE SOLUÇÃO: Fazer a composição destas Turmas Julgadoras com vistas a permitir equilíbrio de posicionamento, o qual acarretará, por consequência, maior grau de tratamento equitativo às partes litigantes. Trazendo-se eficácia para o Poder Judiciário (Justiça), traz-se mais justiça.**

3.1. Cataliza-se com o embate de idéias o conflito jurisprudencial, que nada mais é que um recorte no tempo das decisões dadas, recorte este que expressa o posicionamento majoritário e minoritário acerca de determinado conflito, incluindo-se os radicalismos.

3.2. Se considerarmos o sentido etmológico da palavra “jurisprudência” como sendo a soma de “juris” + “prudencia”, e que “prudencia” é palavra latina que significa prudência, chegaremos à conclusão de que a Ciência da Jurisprudência é o estudo científico (descritivo) das decisões tomadas pelos julgadores que, no ato de julgar, acreditavam ser a mais correta (prescrição de Justiça cristalizada no *tempo - passado*).

3.3. O prudente é aquele que age com moderação, ou seja, aquele que reflete sobre as consequências da ação que irá empreender. Portanto, a Prudência Jurídica (JurisPrudentia) é a expressão do próprio Direito em movimento e o seu estudo é, também, o estudo da tendência jurídica (prescrição da Justiça que está por ser cristalizada no *tempo – futuro* que se torna presente no ato de julgar).

3.4. Além disso, pode-se dizer que o julgador prudente é aquele que visualiza o proceder de modo ponderado, ou seja, abandonando o radicalismo dos extremos. Por isto o máximo ponto possível de satisfação dos agentes litigantes encontra-se no acordo. É neste ponto que reside a convergência de vontades e, portanto, a possibilidade de cooperação. Por exemplo, credor e devedor satisfazem mais rápido suas vontades quando acordam sobre obrigações que ambos podem cumprir sem serem demasiadamente lesados. Julgadores com pontos de vista divergentes podem corroborar para um processo mais eqüitativo de acordos.

3.5. O voto de minerva deve sintetizar os extremos e não escolher um deles, funcionando, ele próprio, como uma espécie de acordo. A turma julgadora deve funcionar como uma relação triangular processual de primeira instância. Assim, em uma Turma Julgadora do Tribunal, por analogia, ter-se-ia um julgador que se posiciona de modo favorável a determinada questão jurídica e um julgador que se posiciona de modo desfavorável a esta mesma questão jurídica, havendo, ainda, um julgador relator, que é quem dá o voto de minerva e se apropriará do pensamento dos outros dois.

**4. SUGESTÃO DO MÉTODO: Identificação do posicionamento dos julgadores e posterior cruzamento dos dados obtidos com vistas a balancear o grau de imparcialidade da turma com a correta escolha prévia de seus membros.**

4.1. Evita-se com este método que uma causa seja julgada, em razão de sorteio, por uma turma que vê a questão apenas por uma via, ocorrendo um verdadeiro massacre ao direito de contraditório.

4.2. A idéia deste Projeto parte da noção de que o direito ao contraditório positivado pela Constituição Federal não apenas deve ser pensado como a necessidade de existência de uma relação entre dois pólos contrários, mas,

antes de tudo, o contraditório deve ser pensado como uma relação das mais justas possíveis entre as partes conflitantes. E a relação das mais justas implica, dentre vários pontos, na necessidade de todas as partes serem ouvidas. Não adianta uma das partes possuir um posicionamento jurídico que vai ser julgado por um colegiado que possui, em uníssono, posicionamento jurídico contrário. Nesta situação, as chances de perder o litígio são enormes. No caso, a justiça que deve permear o contraditório, dando a possibilidade de todas as partes serem de fato ouvidas, mostra-se como o balanceamento de posição jurídica dos membros da Turma Julgadora a partir do caso a ser julgado.

4.3. O itinerário lógico do balanceamento da Turma Julgadora consiste em:

- a) Realizar a 1ª coleta de dados sobre questões jurídicas controvertidas;
- b) Realizar a 2ª coleta de dados sobre o posicionamento dos julgadores acerca destas questões controvertidas;
- c) Classificação das ações conforme sua natureza controvertida (Setor de distribuição);
- d) Realizar cruzamento de dados e compor, de modo balanceado, a Turma Julgadora conforme a natureza do caso.

## **5. EXEMPLO:**

5.1. “José” está atacando decisão de 1ª Instância que o considerou depositário infiel e se posicionou a favor de sua prisão”

5.2. Após levantamentos estatísticos em que se verificou ser a questão do litígio uma questão de dissídio jurisprudencial e em que se verificou o posicionamento de cada Julgador do Tribunal, restaram as seguintes informações:

A = JULGADOR 1 – a favor da prisão de depositário infiel

B = JULGADOR 2 – é contra a prisão de depositário infiel

C = JULGADOR 3 – a favor da prisão de depositário infiel

D = JULGADOR 4 – é contra a prisão de depositário infiel

E = JULGADOR 5 – a favor da prisão de depositário infiel

F = JULGADOR 6 – é contra a prisão de depositário infiel

5.3. Do cruzamento de tais posicionamentos resultou o seguinte quadro:

A	<b>ABA</b>	<b>ACA</b>	<b>ADA</b>	<b>AEA</b>	<b>AFA</b>
	<b>ABB</b>	<b>ACB</b>	<b>ADB</b>	<b>AEB</b>	<b>AFB</b>
	ABC	<b>ACC</b>	<b>ADC</b>	<b>AEC</b>	<b>AFC</b>
	ABD	ACD	<b>ADD</b>	<b>AED</b>	<b>AFD</b>
	ABE	<b>ACE</b>	ADE	<b>AEE</b>	<b>AFE</b>
	ABF	ACF	ADF	AEF	<b>AFF</b>
B	<b>BCA</b>	<b>BDA</b>	<b>BEA</b>	<b>BFA</b>	
	<b>BCB</b>	<b>BDB</b>	<b>BEB</b>	<b>BFB</b>	
	<b>BCC</b>	<b>BDC</b>	<b>BEC</b>	<b>BFC</b>	
	BCD	<b>BDD</b>	<b>BED</b>	<b>BFD</b>	
	BCE	BDE	<b>BEE</b>	<b>BFE</b>	
	BCF	<b>BDF</b>	BEF	<b>BFF</b>	
C	<b>CDA</b>	<b>CEA</b>	<b>CFA</b>		
	<b>CDB</b>	<b>CEB</b>	<b>CFB</b>		
	<b>CDC</b>	<b>CEC</b>	<b>CFC</b>		
	<b>CDD</b>	<b>CED</b>	<b>CFD</b>		
	CDE	<b>CEE</b>	<b>CFE</b>		
	CDF	CEF	<b>CFF</b>		
D	<b>DEA</b>	<b>DFA</b>			
	<b>DEB</b>	<b>DFB</b>			

	<b>DEC</b>	<b>DFC</b>
	<b>DED</b>	<b>DFD</b>
	<b>DEE</b>	<b>DFE</b>
	<b>DEF</b>	<b>DFE</b>
<b>E</b>	<b>EFA</b>	
	<b>EFB</b>	
	<b>EFC</b>	
	<b>EFD</b>	
	<b>EFE</b>	
	<b>EFF</b>	

5.4. A partir dos quadros acima é possível apreender que:

- As combinações em vermelho são descartáveis, porque repetem julgadores;
- As combinações em amarelo são descartáveis, porque a ordem das letras não influi no resultado pretendido. Assim,  $ABC = ACB = BAC = BCA$ ;
- ACE (seus reflexos CEA, CAC, etc) e outras combinações grifadas em verde musgo constituem uma composição de Julgadores que se posicionam de modo igual e, portanto, deve ser evitada.

5.5. Resultado: O balanceamento adequado da Turma Julgadora, aquele em que pelo menos 1/3 dos elementos pensa de modo divergente do resto, consiste na utilização das seguintes composições: ABC, ABD, ABE, ABF, ACD, ACF, ADE, ADF, AEF, BCD, BCE, BCF, BDE, BEF, CDE, CDF, CEF, DEF. Tornam o recurso de “José” ineficaz as composições ACE e BDF.

---

§

→ [Índice](#): p. 11

## **UM SENTIMENTO NOBRE EXPRESSO POR RIMA POBRE**

Dor: palavra seca que ecoa baixo  
Num tom áspero, ora forte, ora fraco.  
E como vil orgasmo, percorre veloz,  
Matando o plural da forma mais atroz.

Exala em seu som as lágrimas cruas  
De quando a vida está totalmente nua,  
Fluindo única no silêncio do ser  
Que já deixando de crer, não quer viver.

É ela que traz um aperto no peito  
Tornando o ombro estreito para tal feito.  
É ela o segundo que se faz em hora  
Cortando a hora que se fez segundo.  
É ela que, às vezes, mata a vontade de poder revelando a única certeza:  
morrer...

Mas a dor que dissemina na mente  
Sonha com a própria morte constantemente.  
E é nesse duelo entre real e ideal  
Que as fortes pedras sublimam sem igual.

Nesse tempo o insignificante vira mar  
E até infinito amante.  
Enquanto a visão, que era antes finita,  
Perde-se no céu, transformando a vida.

Nessa persistente presença e ínfima ausência,  
A dor vai se confundindo com a existência  
Fundindo sombras frias e quente luz  
Na mais estranha e bela melodia  
Que nos força a ver aquilo que naturalmente queremos: viver...

*RDC. Julho de 2000.*

§

**[www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com)**

**[rdc@rafaeldeconti.com](mailto:rdc@rafaeldeconti.com)**